

40 Diff. 3478 (9)

DISSERTATIO IVRIDICA
DE
P O E N A
I V S S I B I D I C E N T I S
SINE
I V D I C E

QVAM
INDVLTU FACVLTATIS IVRIDICAE
IN REGIA FRIDERICIANA
SVB PRAESIDIO
DOMINI

I V S T I H E N N I N G I I B Ö H M E R I

ICti
POTENTISS. REG. BORVSS. CONSIL. INTIMI
ET PROF. IVR. ORDINARIJ

IN AVDITORIO MAIORI

D. FEBR. MDCCXXV.

PVBlico ERVDITORVM EXAMINI SVBMITTIT

AVCTOR ET RESPONDENS

SIGISMVNDVS WILHELMVS RICHTER
BEROL.

HALAE MAGDEBVRGICAE
OPERIS GRVNERTIADVM MDCCXXXIII.

Bayerische
Staatsbibliothek
München



DE
POENA IUS SIBI DI-
CENTIS SINE IVDICE.

CAP. I.

De poena ius sibi dicentis ciuili.

§. I.



Insignis differentia in-
ter *statum naturalem* & *ciuilem*
satis decantata, nota atque ita
etiam comparata est, vt ad
fundamenta iuris prima refer-
ri, & quicquid in *vita humana*
iustum est, distincte inde de-

Ex diuerso sta-
tu naturali &
ciuili diuersis-
sima fluunt
iura.

duci debeat. Sicuti enim vtriusque status rationes
diuersæ sunt; ita quoque iurium discrepantiam pro-
ducit, quippe quæ *statui* accommodari atque attem-

A

perari

quod specia-
tim illustratur

ex iure gen-
tium.

In statu natu-
rali quilibet
est sibi iudex.

Inde bellum

perari debent. Quod in *eo* iustum licitumque; in *hoc* sæpe prohibitum, turpe, atque probrosum reputatur, atque quod huic conuenit, illius institutis aduersatur, cum ille sit *aqualis*, hic *inequalis*. Vnde non demirandum, iuris gentium scita, quæ maxime in *statu naturali*, in quo gentes adhuc degunt, vigent, vsumque præbent, ab eo iure, quod in ciuitatibus obtinet, recedere, & diuersas producere conclusiones, quæ in singulis causis sedulo vt plurimum discernit, quandoque tamen confundit GROTIUS. Adeo verum est, bonum dormire aliquando Homerum.

§. II. Principalis & palmaria differentia vtriusque status deprehenditur in controuersiarum occurrentium, quibus humanum genus inuoluitur, iudice legitimo. In *statu naturali* quilibet sibimet ipse ius dicit, & in causa propria *iudex* est *legitimus*, ideo quod status hic *aqualis* sit, superior, qui de controuersiis incidentibus cognoscere & sententiam ferre possit, desit, & ita quilibet iuris, quod sibi competere putat, executor esse debeat legitimus. Quamuis enim pium honestumque sit, vt, quoniam quilibet in causa sua nimium affectibus indulget, & ita sæpe a *iusti* rationibus deflectit, controuersia emergentes per compromissum aliorum arbitrio submittantur; id tamen ex litigantium beneplacito dependet, ad quod nec cogi possunt, nec semper cuius inter gentes integrum est, tale arbitrium *suo iure* postulare, quia hoc modo se aliis superiorem constitueret, qui inter gentes non datur. Vnde recte GROTIUS *de iure belli & pac. lib. II. c. 1. §. 2. n. 1. vbi iudicia deficiunt,*
incipit

incipit bellum, quia neuter litigantium ius suum, quod habere putat, sine vi & viribus exequi potuit, quibus tamen aduersarius resistit, qui pari modo iudex in sua causa est, & sic se *iure legitimo* resistere contendit. Inde vero nascitur *bellum*, quod autore CICERONE *lib. I. offic. c. 34.* est *qualibet per vim decertatio* inter æquales scilicet, & sic publica. Quibus ita positis, palam est, Pontificem se non potuisse constituere iudicem arbitrumue in causis gentium litigiosis, quamuis id ipsum sæpe illum affectasse, & suo quasi iure sub prætextu *peccati præcauendi* sibi asseruisse, historia memoret. Vestigia huius papalis iudicii occurrunt in *c. nouit. 13. X. de iudiciis*, vbi INNOCENTIUS III. subdole ita rationes subduxit: *Non intendimus iudicare de feudo, cuius ad ipsum spectat iudicium, sed decernere de peccato, cuius ad nos pertinet sine dubitatione censura, quam in quemlibet exercere possumus & debemus.* Quis vero est, qui non animaduertat, sub colore *iudicii de peccato* Pontificem ad suum tribunal omnes gentium controuersias trahere potuisse, quia is demum in alterum peccat, qui alteri iniuriam infert, & ius denegat. Dum ergo de *peccato* decernere intendit Pontifex, necessario quoque de iure, quod controuersum est inter litigantes, iudicare, & constituere potest, quis in alterum peccauerit seu alteri iniuriam intulerit. Inde fluxit decantata illa decertatio inter Pontificios, an & quatenus Pontifici quoad *temporalia*, vt loquuntur, in Reges summos supremum competat imperium, peculiari tractatu a BARCLAYO, MOLINAEO aliisque examinata & negata contra BELLARMI-

non pontifici
arbitrium,

quod per indi-
rectum adfe-
tauit

& in tempora-
lia iudicium si-
bi asseruit.

NVM, BOZIVM, aliosque, quorum nœnias enarrare nolo, quas in compendio sistit VASQVIVS *lib. I. controu. ill. cap. 21.* Id tantum vel paucis moneo, admodum inimicam esse summorum Principum iuribus philosophiam curiæ Romanæ, eamque ipsi iur gentium perpetuum nefandumque indicere bellum, quamdiu his principiis pascitur, a quibus se nullo modo deflecti patitur.

In statu civili
summus im-
perans iudicat,

§. III. Diuersa prorsus est conditio *status civilis*, quem produxit societas inter imperantem & subditos, in qua illius est *imperare*, horum *parere*. Ex illius *imperio*, quod *summum* est, deriuanda sunt *iudicia*, eoque sensu verum est, quod GROTIUS *lib. I. de I. B. & P. c. 3. §. 1. n. 2.* contendit, iudicia a *facto hominum* esse, quod per *factum humanum* etiam societates civiles coiuerint, quibus constitutis, *iudicia* erigi debuerunt. Cum enim multo honestius & ad quietem hominum conducibilius fuerit, ab eo, cuius nihil intersit, rem cognosci, quam singulos homines, nimium sepe amantes sui, quod ius putant, id manu exequi, tam laudabili instituto obsequendum, ipsa dicat *æquitas & ratio naturalis*, vt recte ait GROTIUS *cit. loc.* Vnice & primario tranquillitatis communis pacisque causa conditæ sunt ciuitates, erectaque imperia, qui finis aliter obtineri nequit, quam præsidio legum iudiciorumque. Si manet iudicium singulorum de propriis actionibus, superest quoque mutua resistendi facultas, quæ necessario *ἀναρχία* & rerum publicarum exitium inducit. Denique deperditæ & ægrotantis reipublicæ euidentissimum indicium est, si singulis vindicta sui ipsius conceditur, qua
omnis

non quilibet
in sua causa,

omnis *pax civilis* euertitur. Huc populi referendi sunt, in quibus olim *duella & monomachiae* adeo permessa, ut ex iure legitimo fieri crederentur, quæ tamen fini rerum publicarum e diametro repugnant. Cui ignota sunt infelicissima illa nostræ Germaniæ fata & tempora, quibus conculcata omnis legum reuerentia, *ius manuarium* vnice vigebat, & quilibet sibi met ipsi ius dicebat, prout antiquos Germanorum mores depingit POMPONIVS MELA *lib. III. d. sit. Orb. c. 3.* *Ius in viribus habent, adeo ut ne latrocinii quidem pudeat.* His moribus vivere Germani, pace imperii publica in exilium acta, donec tandem tot legibus & constitutionibus illa reducta fuerit.

§. IV. Vti vero gentes moratiores ab hoc barbaro more abhorruere, atque eos grauitur coercuerunt, qui *absque iudice* sibi met ius dixerunt; ita Romani in primis in legibus suis hanc agnouere a *statu naturali* discrepantiam, atque rectissime constituere, interprete PAVLO in *l. 176. de R. l. non esse singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi.* Quomodo enim hic præcaueri, & publica tranquillitas conseruari potest, si mutuum vim inferendi & resistendi studium perdurat in ciuitatibus, cum tamen idcirco iudiciorum vigor, iurisque publica tutela videatur in medio constituta, ne quisquam sibi ipsi permittere valeat *ultionem*, ut HONORIUS & THEODOSIVS in *l. 14. C. de iudeis* sapienter iudicant. Eadem mens, eademque sententia fuit IULIANI ICTI in *l. 13. §. 3. de usufr. aientis: cur ad arma & rixam procedere patiatur, quos potest sua iurisdictione componere Præ-*

adeoque duella
la illicita.

His principiis
se se accommo-
darunt Roma-
ni,

ut ex LL. illu-
stratur.

Cassiodoro

Cicerone

& Vasquio.

Pœnamque
priuationis le-
ges dictarunt
qui sibi ius di-
cit,

tor? Hac de causa quoque D. MARCVS VIM esse dixit, *quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit, quæ tamen ab omni statu civili aliena esse debet.* In compendio sententiæ huius veritas his adumbratur verbis apud CASSIODORVM lib. IV. ep. 4. *Hinc est, quod legum reperta est sacra reuerentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulsu. Quid enim a bellica confusione pax tranquilla distat, si per vim litigia terminantur?* Huic calculum addit suum CICERO lib. III. de LL. &, *nihil est, ait, exitiosius ciuitati, nihil tam contrarium iuri & legibus, nihil minus ciuile & humanum, quam composita & constituta republica quicquam agi per vim.* Hæc omnia uti cum recta ratione conspirant, ita ex vero quoque asseruit VASQVIVS lib. I. controu. illustr. c. 12. n. 3. *ut nemo in causa sua iudicet, vel ius sibi dicat, est regula iuris non solum civilis, sed etiam naturalis.*

§. V. Hæ æquissimæ rationes effecerunt, ut quod in statu naturali alias *licitum* reputatur, in re publica Romana *delictis* annumeratum fuerit, debitis pœnis coercendum. Censetur enim *vim priuatam* facere is, qui sibi *sine iudice* ius dicit. Nihil autem iuri tam inimicum, quam vis, nec æquitati tam infestum est, quam conuocati homines & armati, ex iudicio CICERONIS *orat. pro Cecin.* Hac de causa præter pœnas *criminales*, quæ pro circumstantiarum grauitate locum habere possunt, constituta est pœna *priuationis iuris* in eum, qui sibi *sine iudice* ius dixit. Et cum de hac pœna duntaxat agendi animus sit, ante omnia referam textus primarios iuris Romani,

ni, qui huc faciunt. Primus est in *l. 13. D. quod metus causa*. Extat decretum Diui MARCI in hæc verba: Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris, cum Marcianus diceret: vim nullam feci; Cæsar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est & tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris vel pecuniam debitam, non ab ipso sibi sponte datam, sine ullo iudice temere possidere, vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit. Plenius sententia huius legis refertur in *l. pen. ad L. Iul. de vi priuata*. Creditores, si aduersus debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent. Alioquin si in rem sui debitoris intrauerint, id nullo concedente, Diuus MARCVS decreuit, ius crediti eos non habere. Verba decreti hæc sunt: Optimum est, ut, si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris, ille interim in possessione debet morari, tu petitor es; & cum Marcianus diceret, vim nullam feci; Cæsar dixit: Tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur, vis est & tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit; non puto autem nec verecundiæ nec dignitati tuæ conuenire, quicquam non iure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris, non ab ipso sibi traditam, sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit. Vterque locus est CALLISTRATI, desumptus ex *lib. 5. de cognitionibus*, prior tamen mancus, & a TRIBONIANO paululum immutatus, ex posteriori restituendus. Alter textus est Constitutio VALENTINIANI, quæ in sua integritate refertur in *l. 3. C. Theod. unde vi*: Plerosque detectum est, in rem priuatam nostram, (principis) quam publicatio celebrata quaesuerat, (ex proscriptorum post MAXIMI tyrannidem bonis)

quod illustratur ex leg. 13. quod met. caus.

l. pen. ad l. Iul. de vi priuata,

l. 3. C. Theod. unde vi.

bonis) inuasisse (ex hoc prætextu, quod bona sua publicatis essent immixta) quam nos a retentatoribus ereptam sociari iubemus ærario; punientes contumacius, quam decus publicum sinebat erectos, ut qui litem inferre potuissent, nollent expectare iudicium, ac spernerent victoriam, quam iustitiæ præscripsisset euentus, ac amplecterentur, quod dedisset audacia. Cadat igitur lite, quisquis operiri noluerit litis euentum, & quod recipere lege potuisset, contemtor examinis violentus amittat. Illi vero, quos in tantum furorem prouexit audacia, ut quod iurgaturi apud examinis fidem sperare non possent, ante euentum iudicialis arbitrii illicita præsumptione temerarent, æstimationem rei, de qua litigari conuenerat, cogantur exsoluere (quod quidem etiam in priuatis obseruandum negotiis, generali lege sancimus.) Illud autem ab officio Magnificentiae Tuæ cauendum esse decernimus, ut sacratissima domus nostra litem expectare, non inferre cogatur, neque expetat, sed patiatur examen.

L. 7. C. unde vi

Inde defumta est l. 7. C. unde vi, sed non sine facinore a TRIBONIANO interpolata: Si quis in tantam furoris peruenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante aduentum iudicialis arbitrii violenter inuasit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori, & dominium eiusdem rei amittat. Si vero alienarum rerum possessionem inuasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam æstimationem earundem rerum restituere compellatur. Ex his legibus defumtus est tertius

§. 1. Inst. de vi bon. rapt.

textus in §. 1. I. de vi bon. rapt. Ne inueniatur via, per quam raptores impune suam exerceant auaritiam; melius diualibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat, vi rapere rem mobilem, vel se mouentem, licet suam eandem rem existimet: Sed si quis contra statuta Principum fecerit, rei quidem suæ dominio cadere; sin autem

autem aliena res sit, post restitutionem eius, etiam æstimationem eiusdem rei præstare. Cum priores duo textus, ex utroque codice desumpti, tantum immobilium, quæ inuadi dicuntur, fecerint mentionem, ad quas etiam restringitur interdictum unde vi, inde noua extensio in hoc textu deprehenditur, ut etiam ad res mobiles, sine iudice raptas, pœna priuationis, vel æquipollens applicari debeat. Inde noua conclusio desumpta est ex L. 10. C. unde vi, quæ quartum in hanc rem textum constituit. Non abs re est^{vi.} quemadmodum possessionis alienæ inuasores tam vetus, quam præsens sacra constitutio censuit esse puniendos: ita nec conductoribus & possessionis alienæ detentoribus impune procedere, si locatoribus forte vel possessionem rerum suarum, quam apud alios precario modo esse concesserant, recuperare secundum leges volentibus, cum nulla sibi met cognita legibus allegatio competeret, duxerint resistendum, & non protinus i. e. non expectato iudiciorum ordine, alienam possessionem recte eam recuperantibus cedere patiantur. Eos namque iubemus pro tanta suæ iniquitatis impudentia, si cognitionis iudiciariæ euentu fuerint condemnati: rei, cuius possessionem sponte restituere usque ad definitiuam sententiam minime possunt, æstimationem victrici parti una cum ipsa re præbere compelli. Quintus textus in L. 4. C. finium^{1. 4. C. fin. reg.} reg. & L. 2. C. Theod. eod. Si constiterit, eum, qui finalem^{& 1. 2. C. Theod. eod.} detulerit quæstionem, prius quam aliquid sententia determinetur, rem sibi alienam usurpare voluisse: non solum id, quod male petebat, amittat; sed (quo magis unusquisque contentus suo, rem non expetat iuris alieni) qui irreptor agrorum fuerit in lite superatus, tantum agri modum, quantum adimere tentauit, amittat. In hac specie proprie dictum attentatum committitur, dum nihil pendente

dente lite innouandum, sed *innouatum* statim reuocandum sit per mandata S. C., vt tamen præterea pœna *priuationis* locum habeat, de qua, aliisque in hac causa constitutis, plenius agit LANCELLOTTVS *de attentat. P. II. c. 31. n. 228. sqq.* Sextus textus occurrit in

Nou. 60. c. I.

Nou. 60. c. I. Sancimus igitur, si quis illo superstite adhuc, quem putat debere sibi, ascendat domum eius, & molestus sit superstiti homini, aut qui eius sunt, uxori forte vel filiis, aut domui omnino, aut etiam signacula per propriam potestatem imponere præsumat, non prius decreto & officio legali seruato: post eius, qui dicitur debere, mortem, actione quidem modis omnibus cadat, siue iustam habeat hanc, siue non: quantum vero deberi sibi dicit, tantum aliud de super exigatur, & detur iniuriati heredibus. Confiscationem quoque in tertiam partem substantiæ sustineat (sicut Marcus philosophus imperator in suis conscripsit legibus) & infamia feriat. Qui enim hominis naturam non erubuit, dignus est & pecuniis & gloria & aliis omnibus condemnari. In compendio tenor huius textus refertur in *Auth. item qui domum. C. de sepulch. viol.* Denique septi-

Nou. 52. c. I.

mus textus est in Nou. 52. c. I. qua pignorationes prohibentur, simulque eadem pœna priuationis cum simili repetitur. Propterea sancimus, nullam omnino pignorationem in nostra republica præualere, neque in mercatis, (hoc quod maxime ibi præsumtum inuenimus) neque in agris, neque in ciuitatibus, neque in vicis, neque in ciuibus, neque in vicaneis, neque in agricolis, neque alio omnino quocunque modo vel tempore: sed præsumentem alium pro alio secundum pignorationis formam, aurum aut aliquid aliud exigere, hoc reddere in quadruplum violentiam passo: & cadere etiam ab actione, quam habuit aduersus eum, pro quo exactionem fecit. Non enim habet rationem, alium quidem esse debitorem, alium vero exigere: sed

*sed nec alteri molestum esse pro altero quodam, tanquam in-
uasionem aut iniuriam committentem: & alium quasi vica-
neum existentem cædi, aut iniuriam sustinere, & aliquid
pati, quod omnino non competit, pro alio: & absque legitima
occasione quamlibet perferre calumniam: & supplicium su-
stinere in corpore: præfidentibus gentium scientibus, quia se
non hæc egerint, sed in provinciis, quibus præfunt, pigno-
rationes præsumi patiantur: nihil erit tale, quod a nostris eos
eripiat manibus.*

§. VI. Hos textus plenius illustrat MENOCHIVS Summa & te-
nor horum
textuum refer-
tur.
de remed. recuper. possess. & ex nonnullis peculiaria
remedia recuperandæ possessionis deducit. Primum
enim textum explicat in quinto, secundum in nono,
quartum in undecimo remedio. Interim, quod obi-
ter moneo, ius ciuile tantum *unum recuperandæ re-
medium* agnoscit, pedetentim extensum, & variis
causis emergentibus applicatum, quanquam in pri-
mo textu de remedio *recuperandæ possessionis* ne qui-
sdem agatur. Ut sit, non de *spolio & remedio pos-
sessorio* primario ero sollicitus, sed de primaria pœ-
na eius, qui sibi ius dixit. Etenim omnes textus
in eo conueniunt, ius sibi dicentem sine iudice iu-
re suo vel in rem vel in personam priuari, adeo ut,
si rem alienam ut *suam* per errorem occupauit, non
tantum eam reddere, sed æstimationem eius præ-
stare teneatur.

§. VII. Fundamentum huius pœnæ in *vi con-* Fundamen-
tum huius pœ-
næ est vis.
stituitur, quam is perpetrat, ex sententia D. MAR-
CI, *qui sine iudice in rem suam sibi ius dixit*, adeo-
que ante omnia qualitates huius *vis* præmittendæ
sunt. Videlicet (I) vis hæc debet esse *vera*, non ima- Vis debet esse
(1) vera,
ginaria, h. e. ut proprio ausu quis sui iuris causa rem

non simulata

fui debitoris vel aduersarii *inuiti* occupet citra iudicis auxilium. *Vis quædam simulata & imaginaria, quam GELLIVS lib. XX. de N. A. c. 10. vocat ciuilem & festucariam, olim in vindiciis occurrebat, quæ propter possessionem ante omnia explicandam petebantur, vindiciæque secundum eum, qui possidebat, dabantur, seu is in possessione defendebatur. Vim vtramque tum veram, tum simulatam indigitat EN-NIVS.*

*Non ex iure manu confertum sed magis ferro
Rem repetunt, regnumque petunt, vadunt solida
vi.*

Simulata licita erat, & praxi Romanæ forensi conformis, quia litigantes de possessione fundi prætorem adibant, ut eum deducerent in fundum, de quo litigabatur, quo iudicaret, utrius esset possessio. Lis vindiciarum est, ait ASCONIVS, cum litigatur ea de re apud prætorem, cuius incertum est, quis debeat esse possessor. Seriem huius vis fictæ & imaginariæ exponit GELLIVS cit. l. hoc modo: manum conferere est, de qua re disceptatur, in re præsentī, siue ager sit, siue quid aliud, cum simul aduersarium manu prenderet, in ea re solennibus verbis vindicare. Vindicia i. e. correptio manus in re atque in loco præsentī apud prætorem ex XII. tabulis fiebat, in quibus ita scriptum: SI QVI IN IVRE MANVM CONSERVNT. Nonnulli vindiciam etiam fuisse dictam virgulam & festucam autumant, quam litigantes in illa manuum confertione & quasi lucta defringebant, adeoque eam vim festucariam vocat GELLIVS. Commissis enim inter se gladiatorum loco festucis decertabant,

tabant, sibi que vim inferebant, ut lis belli speciem præ se ferret, quo rudioribus seculis lites dirimebantur, obseruante GRAVINA lib. II. orig. iur. ciu. §. 71. unde & vindiciæ a vindicando dictæ sunt, quod a vim & dico compositum videtur, obseruante WILHELMO van der MUILEN ad tit. d. O. I. p. 544. RITTERSHVS. ad L. L. XII. tab. cel. 3. p. 3. c. 8. Manuum illa confectio in primis fiebat per manus iniectionem in rem adhibito carmine solenni, illustrante BRISSON, de formulis p. 374. quæ tamen rursus imaginaria & simulata erat; alias enim manus iniectio dicitur, quoties nulla iudicis autoritate expectata rem nobis debitam vindicamus, autore SERVIO ad Virgil. lib. X. Aeneid. Pergit vero GELLIVS, & nouam huius vis imaginariæ rationem exponit: Sed postquam prætores propagatis Italiæ finibus, datis iurisdictionibus, negotiis occupati proficisci vindiciarum dicendarum causa in longinquas res grauabantur, institutum est, contra duodecim tabulas tacito consensu, ut litigantes non in iure apud prætorem manum conferrent, sed ex iure manum confectum vocarent i. e. alter alterum ex iure ad conferendum manum in rem, de qua ageretur, vocaret, atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, uti vnā glebā, in ius in urbem ad prætorem deferrent, & in ea gleba, tanquam in toto agro, vindicarent; quæ gleba etiam vindicia dicta fuit autore FESTO. Formulas in hac re vsitatas enarrat CICERO pro Muræna. Vindiciis secundum possessorem datis, de dominio contendebatur, consueto carmine: Fundus, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, meus est,

ut olim in vindiciis.

eum ego ex iure Quiritium meum esse aio. Hoc modo actor vindicabat agrum: reus contra vindicabat: *imo meus*, quo ipso reuera iusti dominii exceptionem opponebat, quam si probauerat, non tantum absoluebatur ab instituta actione, sed etiam exceptione *rei iudicatæ* tutus erat contra quoscunque, quia de *iure possessoris* pronunciatum erat. *l. 15. d. except. rei iudic.* Dn. BERGER *de contra vindicatione* §. 38. *seqq.* Equidem SIGONIVS *cit. l.* nouam speciem *vis simulate* facit, quæ moribus facta dicebatur, cuius mentionem iniicit CICERO *orat. pro Cæcina* his verbis: *cum hoc nouæ litis genus tam malitiose intenderet, placuit Cæcinæ, de amicorum sententia constituere, quo die in rem præsentem veniretur, & de fundo Cæcina moribus deduceretur.* Ipse GOTHOFREDVS quoque *in not. ad cit. orat.* hanc vim distinguit ab ea, quæ per *manuum consertionem* fiebat, & cum his SAMVEL PETISCVS *in lex. antiq. Rom. verbo vis.* Enim vero non aliam vim *commentitiam*, quam quæ per simulacrum pugnæ in *vindicis* dandis fiebat, CICERONI intellectam fuisse, probabile est. Iure hereditario Cæcina fundum Fulcinianum, per Aebutium emptum, sibi asserbat. Postquam vero hic constituerat, se quouis modo post mortem testatricis fundum vindicaturum, in foro Cæcinæ Romanæ denunciât, *fundum illum suum esse, seque sibi emisse*, adeoque in iure eum vindicare nitebatur. Quia vero Cæcina, ut heres, cum *suum* dicebat, cuius possessionem quouis modo inuadere studebat AEBVTIVS, lis *vindiciarum* præmittenda erat, quam *nouæ litis genus ma-*
litio-

litiosum vocat CICERO. Ergo, ut moris erat, conuenerant in iure de die, quo in *rem presentem* iretur, id quod manus conferendi causa fiebat, ut de possessione ante omnia constaret. *Ad eum fundum*, ait CICERO, *profectus est Cæcina*, ex quo ex conuentu vim fieri oportebat, & quidem ex moribus, quibus legis XII. scita paululum immutata erant, ut GELLIVS declarauit; sed Aebutius armata manu resistebat, ut moribus vis fieri non posset, vindiciarum causa, quorsum rursus respiciunt hæc CICERONIS: cum Aebutius Cæcinæ malum minaretur per armatos homines, ibi tum Cæcina postulauit, ut moribus deductio fieret, h. e. ut manu confererent, & simulacrum pugnae iniretur, per quod de possessione fundi deduceretur, ostendereturque, Aebutium non possidere. Reuera enim hunc causam in iudicium deduxisse, innuit CICERO statim ab initio, ostendens, eum impudentem fuisse, quod in iudicium venire ausus fuerit. Addit vero: si facta vis esset moribus, superior in possessione retinenda non fuisset, quæ verba rursus indicant, vim hanc fictam vindiciarum causa institutam fuisse, prout etiam existimat HOT-
TOMANNVS in comment. ad orat. cit. tom. III. oper. p. 1120.

§. VIII. Vltcrius (II) vis debet esse *illicita*, seu (2) Vis debet esse dolose commissa, ut quis scienter sibi *sine iudice* contra leges ius dixerit, ubi tamen copiam iudicis habere potuit. Debet ergo tale factum perpetratum esse (a) *scienter*, *dolo malo*, ab eo, qui doli capax; vnde facile liquet, quinam in pœnam priuationis incidere queant, & quinam ab ea immunes sint, h. e. furiosi, mente capti

pti &c. de quibus speciatim agit BARDILI *in explicat. l. 7. C. unde vi §. 40.* quæ cum plana sint, facile ex principiis communibus æstimari possunt. Sicuti vero *errantis* non est voluntas, ita non incidit in pœnam ius sibi dicentis, qui sibi noluit ius dicere, sed per errorem rem suam secum auferre intendens, rem alienam abstulit. Cæterum dum *dolum* desidero, tantum *scientiam* ius sibi dicentis inuuo, vt propositum rem auferendi vel inuadendi habeat, vtut forsan persuadeat sibi ex quadam præconcepta opinione stultissima, tale factum non esse illicitum. Id ipse indigitat imperator in §. 1. *I. de vi bonor. rapt. casum* adferens de eo, *qui aliquo errore ductus, rem suam esse existimans, & imprudens iuris eo animo rapuit, quasi domino liceret, etiam per vim, rem suam auferre possessoribus;* qui quidem a crimine rapinæ absoluitur, sed non a pœna ius sibi dicentis, *ne melioris conditionis sint stulti quam periti,* cum illorum resupina opinio sit minus excusabilis, crassa, affectata, & ita ab hac pœna civili non excuset. *L. 4. quod vi aut. clam. conf. MENOCH. remed. §. recup. possess. n. 74.*

(3) Sine iudice
vis illata.

Ergo cessat
pœna priuationis
tempore totalis
iustitii.

§. IX. Sed etiam (3) *sine iudice*, cuius tamen copiam habere potuit, quis sibi ius dicere debuit. Quid ergo, si copia iudicis deficiat? Variis ex causis id euenire posse, dubium non habet. Huc pertinet *iustitii* publica calamitas, præsertim *uniuersalis*, quo casu status *civilis* in *naturalem* quodammodo degenerat, adeo vt in eo obtineat illud, quod dicitur *Iudic. XVII, 6.* *In diebus illis non erat rex in Israel, sed unusquisque, quod sibi rectum videbatur, faciebat.*
Inter

Inter regni Germanici misera fata talem statum nobis ob oculus ponunt, quo per vim, iudice supremo deficiente, quævis peracta. Ita enim MVTIVS lib. XXI. chron. *His temporibus arma ubique, leges fere nunquam dominabantur: Quisque occupat, quantum potuit, per vim &c.* Pariter THRITHEMIVS in chron. Hirsaug. ad ann. 1260. *his temporibus cum non esset rex in terris, qui motus prædonum reprimeret, omnia per tumultum, sine lege, sine ordine, pro lubitu fiebant.* Qua de causa qui in tali statu calamitoso sibi ius dixit, non incidit in pœnam ius sibi dicentium, quia, vt ait GROTIUS de I. B. & P. lib. I. c. 3. §. 2. n. 1. *lex vetans sine iudice suum consequi, intelligi commodè debet, ubi copia est iudicii.* Conf. DN. PRAES. diss. de eo, quod iustum est durante iustit. cap. II. §. 6. Interim talis sententia, quam quis, vt ita loquar, in propria causa tulit, vires rei iudicatæ non consequitur, sed, reductis iudiciis, causa hæc sub examen reuocari potest, vt tamen a pœna prædicta immunis sit actor.

§. X. Verum etiam extra statum iustitii copia iudicis cessare potest, ob præsentissimum in mora periculum, quod ad iudicis ordinarii auxilium confugere non permittit. Plenus est de hac materia STRVVIVS de vindict. priuat. cum commentatoribus ad tit. C. quando lic. unicuique sine iudice se vindic. quorum tradita non regustabo. Mirum autem est, a plerisque hoc loco plane negligi nunciationem noui operis priuatam, qua nuncians reuera sibi ius dicit. Quamuis enim vim proprie & stricte loquendo alteri non inferat, in genere tamen per l. 13. quod

vt & si extremum in mora periculum est:

veluti in nunciatione noui operis.

met. caus. dicitur *vis*, quoties quis sibi *sine iudice* ius dicit. Iam vero qui *sine iudice* alteri nunciat nouum opus, pro *imperio* ipsi vice iudicis imperat, vt ab opere incepto tam diu desistat, donec de iure ædificandi constiterit. Ait ICtus in *l. 1. §. 2. de nunc. nou. oper.* *Nunciatio ex hoc edicto non habet necessariam prætoris aditionem, potest enim nunciare quis, etsi eum non adierit.* Permissum ergo est, vt quis ea in re sibi ius *interim* dicere possit, cuius peculiaris ratio cum a plerisque negligatur, vt plurimum etiam hæc *priuata prohibitio* ad quæuis opera noua applicari solet. Ego vero parcius eo remedio vtendum, & illud ad eum casum restringendum esse arbitror, vbi periculum est in mora, vt prætor adiri, & eius auxilium statim haberi non possit. Dantur plura opera, quæ breuissimo temporis spatio in vicini præiudicium fieri possunt, adeo vt si magistratum adire, & *mandatum prohibitorium* ab eo petere vellet is, cuius interest, intra moram opus perfici posset, quo perfecto mandatum effectu careret. Vt ergo vicino iura intacta seruentur, eo in casu illi tantum permissum videtur, in re præsentī *sine iudice* opus nouum nunciare, cum etiam in aliis casibus, quoties dilatio periculum allatura est, recedatur a regulis iuris ordinariis. *l. 5. §. 12. de nou. op. nunc.* Ita vero omnia plana sunt, simulque inde constat, ob quam causam ei, qui *viam* habet, denegetur nunciatio noui operis contra eum, qui in via ædificat in *l. 14. D. eod.* videlicet non alia de causa, quam quod *ædificium exstruere* non sit causa talis, quæ in mora leuissima periculum habet, cum facile prætor adiri, & per

& per eum prohiberi possit vicinus. Neque enim, nunciatione priuata negata, statim etiam negatur prohibitio per prætorem, vt docet *l. 3. §. 2. eod.* cum hæc potius ordinaria & *regula* conformis sit, illa vero exorbitans, irregularisque censenda & ita magis ad *exceptiones* referenda.

§. XI. Variis autem modis contingere potest, vt quis sibi ius dicat *sine iudice*: (I) Si priuato ausu rem debitoris sui crediti causa occupat, vel eam, quam vindicare per iudicem debebat, inuadit, aliterque eripit, de quibus casibus potissimum textus adducti loquuntur: (II) Si quis quidem autoritate *iudicis* vtatur, sed *notorie incompetentis*, vtpote si per hunc sequestratio fiat, vel in possessionem implorans, expulso & deiecto vero possessore, constituatur; tale enim factum iudicis incompetentis *extraiudiciale* & mere *priuatum* censetur, habeturque ac si *sine iudice* quis sibi ius dixisset. *L. f. D. de iurisd.* Incompetentiam vero desidero *notoriam*, ob quam citatus ne quidem comparere tenebatur: in *dubia & ambigua* excusandus est implorans eius auxilium, quamuis vel maxime eius facta postea reuocentur, aut annullentur, quia sine iudice noluit procedere, eumque, quem adiit, iusta de causa competentem esse credidit. *ME-NOCH. remed. §. recup. possess. n. 8. sqq.*

§. XII. (III) Similiter *sine iudice* agit, sibi ius dicit, qui sub obtentu *rescripti* impetrati alienam peruadit possessionem, vtut auxilio iudicis peruerse procedentis vtatur. Huc collineat *L. meminert. 6. C. vnde vi*, quæ desumta est ex *l. 2. C. Theod. vnde vi*, sed admodum deformata & corrupta.

Sibi ius sine iudice dicunt
1) si creditor rem debitoris occupat.

2) si autoritate iudicis incompetentis occupat.

3) si sub obtentu rescripti rem inuadit.

Indigitat videlicet *cit. l. 2.* imperatores disponere de eo, qui se spoliatum a quopiam querebatur, seque audiri postulabat, adeoque impetrauerat ad magistratum rescriptum, quo huic imperatum erat, ut restitueret supplicem in possessionem, si vi eum deiectum esse constaret. Quod si ergo huiusmodi rescripti terrore, quod nec apud iudicem ediderat, nec aduersario intimauerat, possessorem turbare, litemque violentia præoccupare tentauerit, in perpetuum lite multandus est. Idem quoque dicendum, si *interlocutionem* iudicis impetrauerit, veluti simplex mandatum de restituendo, eoque suppresso sub specie *iudicati* alienam inuasit possessionem; cum tamen talis interlocutio vim *iudicati* haud fortiatur, nec integrum sit impetranti, *sine iudice* ad executionem procedere, si vel maxime vis *iudicati* adesset tali mandato. Hunc sensum præ se ferre deberet *l. cit. 6.* in alium tamen intellectum a TRIBONIANO contorta, ut optime docet GOTHOFREDVS *ad cit. l.* Verba adulterata hæc sunt: *meminerint cuncti, siue vulgato rescripto mansuetudinis nostræ siue sententia cuiuslibet iudicis utantur, in causis conueniendos locorum dominos esse.* Si ad mentem *l. 2.*, unde desumpta sunt, hæc accipienda, hoc intelligi debent modo: qui rescriptum intuitu possessionis impetrauit, illud vulgare & edere, atque nihilominus cum possessore de possessione adhuc contendere, non vero ad executionem obtentu huius rescripti properare debet. Idem quoque de sententia iudicis h. e. *interlocutione* simplici vel *mandato* impetrato, quod inaudito possessore obtinuit, dicendum, quippe quo uti non debet, ad alterum expellendum

lendum, qui nondum auditus est, sed conueniendus: nam de *re iudicata* vox *sententiæ* in *cit. l.* vel ideo capi non potest, quod conueniendi adhuc dicantur *domini locorum* h. e. possessores, id quod superuacuum est post rem iudicatam, postquam imminet executio. Additur ratio: *ne inde iniuriarum nascatur occasio, unde iura nascuntur*, quæ verba ad iudicem vnice quadrant, indignantque, eum, inaudito possessore, non mox ad executionem *rescripti*, quod cognitionem nemini adimit, vel talis *mandati* pergere posse. In hoc recedit *l. 6. cit. a. 2. C. Th.* quæ non de *iudice*, sed de eo loquitur, qui tale rescriptum, quod ne quidem edit, vel *interlocutionem*, quam supprimit, peruerso applicat modo, & possessionem alienam sub eius obtentu inuadit. Interim inde, noua hac interpretatione facta, palam est, non tantum eum *sine iudice* procedere, qui obtentu huius rescripti vel mandati iudicialis alienam occupat possessionem, sibi que ita ius dicit, sed etiam, qui, edito rescripto vel mandato, iudici auctor est, vt contra inauditum, haud cognita causa, ad executionem procedat, quia talis iudex *de facto*, ad instar *privati*, procedit, adeo vt in hunc quoque casum pœna sibi ius dicentis constituta fuerit. Additur in *cit. l. 6.* *Quodsi præcepta nostra implere neglexerint, omni negotio, de quo iurgare cœperant, priuabuntur.* Parum enim referre videtur, vtrum quis sibi ius dicat omni auxilio alieno destitutus, an aliena ope vtatur, etiam *iudicis*, qui non vt *iudex*, sed *extraiudicialiter* seu *de facto* & vt *privatus* procedit, & sic reuera alterum inique possessione pri-

uat. Inde vulgatum illud: *iudici de facto procedenti de facto resisti potest*, vti resistere licet priuato & spoliū minanti, quod fufius explicat B. STRYK. *de fact. iudicis de facto c. 1. n. 80. seqq.* conf. MENOCH. *remed. VIII. recup. poss. n. 8. sqq.* L. B. de LYNKER *de grauam. extraiud. c. IX. p. 2. §. 44. n. 3. sqq.*

Nec obstat, si
vel maxime
apparenter iu-
diciali ope
vſus fuerit

modo aſtor iu-
dicem implo-
rauerit.

& hic ſine cau-
ſæ cognitione
proceſſerit.

§. XIII. Quæ cum ita ſint, *ſine iudice* etiam procedere dicitur, qui non *iudicialiter* ius ſibi reddendum exiſtimat, licet *apparenter* iudiciali ope vſus fuerit, quia factum hoc iudicis magis *ſpolium* eſt, via *facti* non *iuris*, imo facinus mere priuatum. Suppono autem, (I) iudicem ita procedere a parte imploratum, vt *de facto* procedat, quia ſic implorans in dolo eſt, & ipſe feciſſe intelligitur, quod per alium, licet ſub *velamine iuſtitie*, fecit. Si generaliter iudicis auxilium implorat, petitque cauſæ cognitionem, iudex autem ſine ea ſtatim ab executione inchoat proceſſum, huius, non partis, eſt delictum, pro quo iudex eſt plectendus, non aſtor. (II) iudicem, omiſſa *omni cauſæ cognitione*, nec reo audito, de poſſeſſione aliquem deiicere. STRYK *cit. l. n. 97.* Nec exceptio *notorii* iudicem aſtoremque excuſabit, cum ſemper dubium ſuperſit, vtrum factum aliquod *notorium* dici queat, nec in hoc citatio ſit omittenda. Ius canonicum quidem paſſim inculcat, in *notorio* nullum proceſſum obſeruandum eſſe, ſed potius ſtatim executionem faciendam, vt plenius ex huius iuris floſculis docet STRYK. *de notorio c. 1.* Enim vero optime IDEM monet, hanc doctrinam non tantum periculofam, ſed barbaram & ab omni iuris ratione alienam eſſe, cum multa dicantur

cantur notoria, quæ non sunt, eaque vnice ab illis inuenta fuerit, qui optimos quosque sub prætextu *notorii* oppressere, quos per legitimos iuris trames vincere haud potuerunt. Ceterum non credendum est, in mandatis S. C. tale quid hodie fieri; etenim nec hæc *sine causæ cognitione* decernuntur, & ubi decernuntur, instar *sententiæ* sunt, nec absque his mox ab executione fit initium, denique etiam contra hæc exceptio *sub - & obreptionis* adhuc salua est. Qua de causa si iudex adhuc aliquam causæ cognitionem adhibet, reumque citat, licet vel maxime *nulliter* procedat, minime tamen huic pœnæ locus est, quæ statuta est iis, qui ius sibi dixere, cum *sine iudice* actor nihil agat, & huius sit, decernere & statuere, quomodo procedi debeat, atque ita moderari & temperare iniquas sæpe partium petitiones, non vero statim eas sequi. Vulgatum est: *iniqua peti, vt obtineatur æquum.* conf. MEVIUS P. I. dec. 225. n. 4. Proinde si iudex, lata sententia, in executione peruerse agit, si, appellatione interposita, aliquid attentat, *spolium* quidem committere dicitur; at is, in cuius fauorem hoc factum est, argui nequit, quod ius sibi *sine iudice* dixerit. Neque enim statim, qui *spoliare* dicitur, ius sibi *sine iudice* dixisse, censendus est, cum latius pateat *spolii* conceptus inprimis secundum ius canonicum, quam *facti*, ius sibi *sine iudice* dicentis.

§. XIV. Quod si *iudex* ipsimet ius sibi dicit, videndum, vtrum procedat vt *iudex* ordine iudiciali, an vero *extraiudicialiter* vt priuatus, sine omni ordine iuris? Posterius fieret, si dominus emphyteuseos,

Diuerſa est ratio mandatorum S. C.

Quid, si iudex fibimet ipſi ius dixerit?

teuseos, qui simul *iudex* est, ob non solum cano-
nem mox inauditum expelleret emphyteutam,
eumque emphyteusi priuaret, id quod minime per-
mittendum. Licet enim iurisdictione præditus sit,
ea tamen uti debet secundum iuris ordinem, non
contra inauditum, & quidem in causa propria, pro-
cedere. BERLICH. p. 2. concl. 4. 6. n. 9. CARPZ. P. 2.
C. 38. def. 2. § lib. I. resp. 87. STRVV. ex. II. §. 73. Er-
roneum enim & prorsus falsum est quorundam as-
sertum, integrum esse domino directo virtute do-
minii directi, priuata autoritate expellere emphy-
teutam in casu commissi fundi emphyteutici,
quo facto reuera sibi ius diceret, RICHTER P.
2. dec. 84. n. 3. adeoque in pœnam ius sibi dicentis
incideret, a qua nec dominus directus excusatur,
qui simul iudex est; quia magis ut *pars* quam ut *iu-
dex* procedit, dum inauditum sine causæ cognitio-
ne priuat iure suo. Prius vero ubi contingit, pœnæ
ius sibi dicentis locum non esse prorsus arbitror.
Aut enim illicite in *causa propria* iudicat, aut licite.
Illud regulariter dicendum est, cum nemo debeat
esse iudex in propria causa, l. 10. de iurisd. adeoque
qui ita procedit, nulliter procedit, sine pœna
tamen priuationis. Quamuis enim etiam hoc mo-
do sibi ius dicere dicatur, ut docet l. vn. C. ne quis in
sua causa, generaliter decernens, neminem sibi esse iu-
dicem vel ius sibi dicere debere, cum in re propria ini-
quum admodum sit, alicui licentiam tribuere sententiæ;
sciendum tamen est, in l. 13. quod. met. caus. prohi-
beri tantum, ne quis in re sua sibi ius dicat sine iu-
dice. Qui ergo in re propria ut *iudex* procedit,
ordi-

ordinemque iuris seruat, nulliter quidem procedit, adeoque peccat, interim ad eum *l. cit. 13.* applicari nequit, quæ vnice de eo casu intelligenda, quo quis sibi ius dicit, *ordine iuris non seruato*, & ita priuato ausu *sine iudice*, cuius est, ordinem iuris seruare, & cognita causa sententiam ferre publica reipublicæ auctoritate, id quod etiam facere intendit iudex, qui in *propria causa* iudicare intendit, ordine seruato. Ceterum vbi iudex in causa propria *licite* procedit, (id quod in quibusdam casibus permittum est) eo minor dubitandi est ratio. Etenim (1) de iniuria sibi illata cognoscere & iudicare non prohibetur, si (a) euidentis est ex ipsis apparens actis; (2) intuitu officii illata, quam statim iudex, coram quo causa principalis pendet, sine nouo processu arbitraria pœna coercere potest. MEV. P. 5. dec. 374. n. 8. 9. Vt plurimum hæc decisio trahitur ex c. 1. de pœn. in 6. vbi pontifex ita: *Licet Rhemens. archiepiscopo suam prouinciam visitanti eos, qui sibi vel suæ familiæ, aut aliis, quos propter hoc per eandem prouinciam dirigit, & etiam quando concilium conuocat, eos, qui nunciis suis, quos pro illo vel aliis per prouinciam ipsam sua debita iurisdictione utendo transmittit, iniuriari præsumunt, si hac occasione sua in his impediatur iurisdictione, pro iniuria huiusmodi (dummodo existat notoria) propria auctoritate punire, vt probat* CARPZ. P. I. C. 26. def. 28. n. 6. & pr. crim. q. 95. n. 84. sqq. GAILIVS I. obs. 39. n. 1. sqq. Censetur enim hæc vindicta magis publica quam priuata, nec tam suam, quam officio suo, quod publicum est, illatam iniuriam vlciscitur. Neque vero credendum est,

In quibusdam casibus iudex sibi licite ius dicit.

est, hoc tantum speciatim archiepiscopo Rhemenſi
conceſſum fuiſſe. Nam addit pontifex generalem
deciſionem: *sibi etiam & metropolitanis aliis in ſuis pro-*
uinciis (dum ſic in illis iuriſdictionem exercent) punien-
di manifestas & notorias offenſas tunc eiſdem illatas vel
ſuis (etiampi exinde impediri iuriſdictionem huiusmo-
di non contingat) libera ſit de noſtra ſpeciali conceſſio-
ne facultas. Vindicant tales iniurias per cenſuras
eccleſiaſticas ſeu excommunicationem, vt eo gra-
uior terror laicis, imperioſis clericis reſiſtere vo-
lentibus, incutiatur, quo ipſo factum eſt, vt im-
perium ſuum ſacrum admodum & latiffime in lai-
cos extenderint. Quamuis vero, quod lubens fateor,
papalis hæc deciſio vnice ſacro imperio faueat, &
pro eo augendo, firmando, dilatando excogitata
ſit, nec omni *magiſtratui eccleſiaſtico*, ſed tantum
maiori, in illuſtri dignitate conſtituto, *ſpeciali con-*
ceſſione pontificia, hæc prærogatiua data ſit, non ab-
horret tamen praxis hodierna, inde nata, a recta ra-
tione, & ita eo magis tolerari poteſt. Iam olim apud
Romanos itidem omnibus magiſtratibus maioribus
ſecundum ius poteſtatis conceſſum erat, *iuriſdictio-*
nem ſuam defendere pænali iudicio, *l. vn. pr. ſi quis ius*
dic. non obtemp. neque enim contemni ſe pati debe-
bat, *l. 19. pr. de offic. præſ.* ſed contemtam maiesta-
tem ſuam vindicare, vt dicitur in *l. 9. de iuriſdict.* cum
non tam in propria cauſa & ſibi ius dicat, ſed magis
reipublicæ. Præterea quoque generali conſuetu-
dine Germaniæ receptum, vt nobiles, qui iuriſdi-
ctionem patrimoniam habent, eam contra ſubdi-
tos ſuos in cauſis propriis exercere poſſint, eos con-
uenien-

ueniendo coram iustitiario & scabinis, actaque transmittendo ad extraneum Ictorum collegium. ZANGER *de except. P. 2. c. 1.* CARPZ. *P. I. C. 2. def. 20. n. 4.* DN. WILDVOGEL *de caus. propria c. 2. §. 18.* Qua de causa dominus directus iurisdictione hac inuestitus ad priuationem emphyteuseos coram suo iudicio agere, & lite finita tandem ipse sententiam exequi potest, vt non incidat in pœnam ius sibi dicentium.

§. XV. Denique *inuasores rei alienæ* inprimis sibi *sine iudice* ius dicunt, siue rem immobilem occupent, qui proprie *inuasores* dicuntur, siue rem mobilem debiti vel alius iuris causa propria auctoritate capiant. Quamuis enim de iure ciuili in re mobili locum non habuerit interdictum *unde vi*, pœna tamen ius dicentium obtinuit. §. 1. *I. d. vi bon. rapt.* Huc pertinet (I) si conductores rerum alienarum seu alienam *cuiuslibet rei* possessionem precario detinentes finito contractu restitutionem dominis sine vlla iusta causa denegant, & in hac contumacia vsque ad sententiam definitiuam subsistunt. *l. pen. C. loc. l. 10. C. unde vi*, qui tanquam *inuasores alienæ possessionis* tenentur, h. e. non tantum rem conductam restituere, sed etiam æstimationem eius præterea soluere debent. Hæc enim pœna iis imminet, qui res reuera alienas inuadunt, in quibus cum nihil amittere queant, æstimationem ius soluere coguntur. §. 1. *I. d. vi bon. rapt.* Nouum & peculiare recuperandæ possessionis remedium MENCHIVS *remed. XI.* ex his legibus concinnauit, sine solido fundamento, cum noua applicatio iuris communis ad hunc casum specialem tantum in *cit. l. 10.*

Ius quoque sibi dicunt inuasores rei alienæ in genere.

deprehendatur. Dixi *sine iusta causa* denegandam esse restitutionem; nam ob *expensas* in rem conductam factas conceditur quidem retentio, non vero propter exceptionem *dominii*, quod sibi asserit conductor. *l. 25. C. locat.* (II) Si legatarius rem legatam, adita iam hereditate, omnibusque rebus ab herede iam possessis, citra voluntatem heredis occupat, qua in re sibi ius dicit *sine iudice. l. 5. C. de legat.* Quodsi, ante hereditatem ab herede, occupatam legatum inuadat, quia vacua adhuc possessio fuit, vim proprie non facit, sed tenetur quandoque interdicto *quod legatorum*, quatenus heredis interest, rei legatæ possessionem habere, præstita tamen cautione, de ea restituenda, si contra se iudicatum fuerit. *l. vn. C. quod legat.* (III) Qui rem vllam debitoris, debiti causa, eo renitente, occupat, vel ei inuito aufert: *l. 13. quod met. caus.* item qui ob debitum debitoris sui fundum occupat, ingrediturque, aut etiam signacula *per propriam potestatem* (h. e. *sine iudice*) rebus debitoris mobilibus, *Nou. 60. c. 1.* immobilibus vero titulos imponere præsumit, *Nou. 164. c. 1.* qua ratione eas sibi vindicabat, & *sine iudice* asseribat. Vtrumque prohibitum est in *tit. C. ut nemo priuatus titulos præd. suis vel al. impon. & tit. C. ut nem. liceat sine iudicis auctor. signa rebus impon. alien.* Ex titulis enim & signis impressis æstimari solebat, cuius res esset, vt AVGVSTINVS morem sui temporis referens in *enarrat. Ps. XXI.* obseruat: *Videte, fratres, quando aliquis potens inuenerit titulos suos, nonne iure sibi rem vindicat & dicit: non poneret titulos meos, nisi res mea esset; titulos meos posuit,*

suit, mea res est: ubi nomen meum inuenio, meum est. Reuera ergo impositio *titulorum & signorum* erat quædam rerum inuasio, qua quis sibi ius dicere conabatur sine iudice. Inprimis vero sine iudice, per vim, agit, qui pignorationes facere audet, h. e. alii pro alio aliquid extorquere, quod non tantum priuatione actionis, quam habuit, sed etiam quadrupli pœna punitur. *Nov. 52. c. 1.* Item qui debitoris liberos in pignus aut in seruile ministerium retinere tentat. *Nov. 134. c. 7.* Denique quilibet violentus rerum inuasor, quem leges supra citatæ potissimum sub hac pœna reuocant.

§. XVI. Denique quoque necesse est, ut quis sibi sine iudice ius dixerit more *iniquo & improbo* h. e. præter legis concessionem aut voluntatem debitoris, possessoris, testatorisque. Ex tali enim videmur tumultus oriri in republica possunt, ad quos declinandos iudicia publica sunt constituta. Ex triplici ergo fundamento quis sibi *licito more* ius sine iudice dicere potest: (I) ex concessionem legis: (II) testatoris: (III) debitoris vel possessoris. Sicuti enim, qui secundum legem agit, nemini facit iniuriam, ita nec volenti ea infertur. Quod ergo *con-*cessionem legis concernit, palam est, quandoque *ex-*tra ordinem leges permisisse vim quandam priuatam, qua actor sibi ius dicit sine iudice in suis rebus. Hoc contingit in *nunciatione* noui operis *reali*, quæ per *manum* fieri dicitur in *l. 5. §. 10. de nou. oper. nunc.* quoties vicinus in nostrum ædificat; ne enim hoc modo possessionem adipiscatur, permissum est, manu destruere, quod in nostro a vicino est ædifica-

4) Requiritur vis illata more improbo.

Excusatur qui vim infert 1) ex legis concessionem.

tum. Equidem nunciatio *per manum* videtur eadem fuisse, quæ alias *per iactum lapilli* fiebat, cuius mentio fit in *l. 6. §. 1. si seru. vind. l. 1. §. 5. l. 20. §. 1. quod vi aut clam*, sed recte obseruat SCHILTER *ex. 42. §. 16. sqq.* realem destructionem intelligi per eam nunciationem, quæ *per manum* facta dicitur, & verba in *l. 5. §. 10. D. N. O. nunc. i. e. per iactum lapilli* esse ab imperita manu interpolata, quod iactus lapilli nuda erat solennitas, vis *commentitia* seu *imaginaria*, cum tamen possessionem nobis conseruare integrum sit etiam vi adhibita. Hoc modo facile intelligi potest *l. 7. §. 3. quod vi aut clam, si tu ædificaueris vi aut clam, (in meo) ego idem demolitus fuero vi aut clam* pro conseruanda mea possessione, & *vtaris aduersus me interdicto, exceptio*, quod tu vi aut clam ædificaueris, *mibi profutura est*. Addit tamen *VLPIANVS* quod non aliter procedere debet; nisi ex magna & necessaria causa h. e. pro conseruanda mea possessione indubia, si vicinus in meo solo, me absente forsan, aliquid immisit vel ædificauit, quod tamen sine vilo tumultus metu facile destruere possum. In meo enim licite quid agere, & sic licite destruere possum, quod alter *in meo* fecit, quemadmodum licite aquæ ductum intercidere possum, quem alter sine seruitute per meum fundum traiecit. *l. 29. §. 1. ad L. Aquil.* Huc quoque pertinere videtur, quod, inquilino non soluente pensionem, dominus ædium, obsignatis iis per notarium, quæ intus erant, possit fores ædium percludere *l. pen. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. contr.* *EMVNDVS MERILLIVS lib. 3. obs. 25. PACION de locat. cond. c. 40. n. 40. sqq.*

§. XVII. Hac occasione non inepte quæritur, an conductor, si per biennium pensiones non soluerit, propria possit expelli auctoritate a locatore? Non desunt, qui hanc *privatam eiectionem* permissam esse contendunt: 1) quod locator per colonum possideat, & ita prohiberi non possit, ut in possessionem rei suæ eat: 2) quod si colonus domino resisteret, eumque admittere in fundum nollet, dominus ut deiectus interdicto *unde vi* agere posset: *l. 12. l. 18. de vi & vi armata.* 3) quod in *l. 61. pr. locat.* occurrat casus de *eiecto colono*, a domino pensionum debitarum nomine conuento; cui tamen actio deneganda foret, si sibi ius impune dicere non posset: 4) quod ob non solutam mercedem vel *inuitum* colonum *expelli* posse asserat ANTONINVS in *l. 3. C. loc.* quæ *expulsio* non potest non *privata quædam executio* esse, id quod potissimum 5) arguit Ictus in *l. 54. §. 1. locat.* proponens pactum inter locatorem & conductorem, *ne infra tempora locationis conductor de fundo repelleretur, & si pulsatus esset, pœnam decem præstaret locator.* Hoc factum sine dubio morem antiquum, expellendi propria auctoritate conductorem, præsupponit, qui adeo non improbatur, ut potius, conductore per biennium pensionem non solvente, locatori indulgeatur, eum *sine metu pœnæ promissæ* expellere. Hæc *expulsio* si per iudicem actione mota locati facta fuisset, frustra Ictus asseruisset, agentem conductorem ad pœnam per exceptionem *doli* repelli. Etenim si locator agere debuisset, mox conductor ipsi hoc *pactum pœnale* opposuisset, nec obligatus fuisset, ut eo nomine

An hæc probari possit, conductore non solvente pensionem?

Rationes pro affirmatiua sententia.

pro negativa,

Decisio,

mine actionem mouisset. Denique 6) non stringere argumentum a creditore desumptum, qui hypothecam propria auctoritate occupare prohibetur, *l. 3. C. de pignor. censent*, quod hic rem alienam occupare intendat ab alio possessam, locator vero rem propriam ingrediatur, cuius possessio adhuc penes ipsum est, adeoque suo iure vtatur licite. *MENOCH. remed. V. recup. possess. n. 46. PACION de locat. cond. c. 55. n. 12. BODIN. de expell. conductore th. 3.* In alia omnia iuerunt *FRANZK. ad tit. locat. n. 182. FACHINEVS lib. I. controu. c. 95. L. B. de LYNRER de expuls. conduct. si pension. non paruerit p. 32.* quod leges a propria sibi iuris dicendi potestate abhorreant, eamque prohibeant, quodque ex hac expulsionem, si colonus sese ingredienti manu armata opponeret, tumultus aliaque mala oriri possent, & quamuis leges *expulsionem* permittant, non alia tamen intelligi possit aut debeat, quam adhibito iudice & causa cognita facta. In hoc interpretum dissidio status controuersiae ante omnia recte formandus, & videndum, quid sit *propria auctoritate* expellere? Nam 1) id potest intelligi de vi etiam adhibita & resistenti colono illata, vthocmodo expulsus sit. Talem expulsionem per vim factam leges improbant, cum etiam deiectus sit restituendus, qui ipsemet *vi clam* vel *precario* possidebat; *l. 14. de vi & vi arm. precario* possidens autem fere eandem cum conductore possessionem habet. Quid? quod si locator fundum vendit, & iussit, *emptorem in vacuum possessionem ire*, quam colonus intrare prohibuit, *postea emptor vi colonum expulit*, colonus contra hunc

hunc interdicto *unde vi* agere potest, si vel maxime *voluntate venditoris* colonum vi expulisset, quod mandatum illicitum vocatur in *l. 18. pr. de vi & vi arm.* Denique si colonus resistit, manumque armatam locatori, possessionem ingredienti, obiicit, adeoque eum non admittit, colonus *per vim* possidere incipit et *spoliator* est; *l. 12. & 18. cit. tit.* at vero nec qui vi possidet, deici per vim potest, *l. 14. cit.* sed potius contra eum interdicto *unde vi* utendum. *l. 12. & 18. cit.* (II) Id potest intelligi de *expulsione* absque vi armata, sine iudice tamen facta, quæ etiam vim quandam arguere videtur iuxta *l. 13. quod met. caus. l. pen. ad L. Iul. de vi priu.* sed in sensu magis latiori, quatenus *sine iudice* sibi ius dicit. Talis *privata expulsio*, si vel maxime inuitus recedit colonus, permessa erat, quia dominus adhuc possidebat, & ita suam possessionem continuabat. Fingamus, Titium hortum ad sex annos locasse Lucio atque huic per biennium pensionem non soluisse; Titium vero adhibito claustro fores horti, ut Lucius eum intrare non possit, percludere, quamuis id ægre patiatur, non tamen agere potest, quia *iure possessionis suæ* id egit locator. Quid si ædes locatas ingrediatur locator, & repagulis ferisque cœnaculis quibusdam appositis coegerit conductorem, ut discederet? Sibi proprie ius non dicit, sed possessio, (quam adhuc habet, sibi que tamdiu conseruat, quamdiu conductor non resistit) hanc facultatem ipsi concedit; qui autem *iure suæ possessionis* contra morosum conductorem utitur, nemini facit iniuriam. Sicuti itaque hoc casu locator non

E

inci-

incidit in poenam ius sibi dicentium; ita aliud dicendum videtur, si resistentem conductorem *per vim* expellit, id quod leges improbant, adeoque sine dubio pensionibus a conductore adhuc debitis priuandus est.

2) Ex testatoris concessione.

§. XVIII. Sed transeo ad facultatem a *testatore* legatariis concessam, legata propria auctoritate occupandi; quamuis enim legatariis & fideicommissariis id ipsum alias interdictum sit, et legata ab aliis sint præstanda, non occupanda: datum tamen est testatori, ut *ius ingrediendi* propria auctoritate exercere possit. Hoc etiam factum censetur, quando testator legatarium *executorem testamenti* constituit, qui cum possit aliis legata soluere, cur non etiam sibi eadem præstaret? Denique eundem effectum habet clausula *constituti possessorii* legato adiecta, quæ efficit, ut legatarius viuentis testatore rem legatam possedisse videatur. STRVV. *de vind. priu. c. XV. aph. 2.* STRYK. *de caut. testam.* MENOCH. *remed. 5. recup. poss. n. 50.* COLER. *de process. executiu. lib. 2. c. 2. n. 26.* Ceterum hæc concessio a testatore indulta effectum quidem suum sortiri potest, possessione adhuc vacua, non vero ea iam ab herede apprehensa, a quo non *manu*, sed per *iudicem* res repetenda, ne sibi ius dixisse videatur. Quid tamen, si id sibi dixerit, an incidit in poenam *l. 5. C. de legatis*? Id non putarem cum STRVVIO, quia probabilem pro se habet causam, quæ eum excusat.

3) Ex conventionione debitoris.

§. XIX. Denique veniendum ad manus iniectionem per *conventionem* permissam, quæ in *pacto de ingrediendo* propria auctoritate bona debitoris occur-

occurrit. *l. 3. C. de pignor. STRVV. cit. l. c. 14. aph. 2. seqq. COLER. de process. execut. l. 1. c. 5. n. 17. seqq.* Pactum tale valere euincunt (I) ex *l. pen. C. de pign. act.* vbi dicitur: *nec creditor citra conuentionem vel praesidialem iussionem debiti causa res debitoris arbitrio suo auferre potest*, vnde colligunt, manus iniectionem debiti causa in res debitoris permitti tum ex conuentione, tum ex immessione praetoria: (II) ex *l. 56. de contract. emt. vend. & l. 1. C. si mancip. ita venier. ne prost.* vbi itidem pactum manus iniectionis approbatum videtur: (III) ex *l. 1. & 2. si seru. export. ven.* quae demonstrant, iure suo vti, qui ex pacto manus iniectione vsus est: (IV) ex hac ratione naturali, quod vim facere non videatur, qui ex voluntate praecedente debitoris sibi ius dicit, cum pacta dent legem contractui, nec inde turbarum aut armorum occasio metuenda sit, quod mutuo consensu contrahentium factum est: (V) Denique idem pactum probatum videtur in *l. 3. C. de pignor. creditores*, qui non reddita sibi pecunia conuentionis legem, ingressi possessionem, exercent, vim quidem facere non videntur, adeoque contra eos locum non habet poena ius sibi sine iudice dicentis, imo nec remedium unde vi: attamen autoritate praesidis possessionem adipisci debent, seu consultius agunt creditores tutiusque, si auctore iudice possessionem adipiscantur, quia si debitor resisteret, grauiora inde mala metuenda forent. Quod si ergo citra periculum armorum ingredi potest possessionem creditor, iure suo vsus est, nec debitor de vi facta conqueri potest: resistente autem debitore per iudicem adipisci debet possessionem, remotis

omnibus ambagibus, quippe qui virtute huius pacti executiue procedit.

Pœna sibi ius
dicentis.

§. XX. Pœna, sibi ius sine iudice dicentis, est *privatio iuris*, cuius intuitu rem alterius sine iudice occupavit, vel si nullum ius habuit, *æstimationis rei ablatae*, & simul restitutæ *præstatio*. Vnde a) si *debiti causa*, creditor res debitoris inuadit, *ius crediti non habebit*, vt dicitur in *l. 13. quod met. caus.* adeoque non tantum rem, quam temere occupavit, per interdictum reddere compellitur, sed etiam præterea agens de credito exceptione, quod sibi ius dixerit, repellitur. b) Si rem sibi furto ablatam, & forte fortuna penes Titium deprehensam, vi abstulerit, *rei suæ dominio cadit*, vt dicitur in §. 1. *l. de vi bon. rapt.* Cui vero acquiritur, vtrum fisco, an ei, cui per vim ablata? Fisco fauet HOT TOMANNVS ad cit. §. 5. argumento ducto a voce *cadere*, h. e. *caducam fieri*, quod tamen admodum lubricum est, cum *dominio cadere* dicatur in genere, qui dominio priuatur. Evidentius pœnæ huius effectus traditur in *l. 7. C. unde vi*, qua duo sibi ius dicenti imperantur, tum vt possessionem, quam abstulit, restituat, tum *vt dominium eius rei amittat*. Illud præcedit, hoc sequitur. Etenim post restitutionem rei, si vindicat rem suam, *exceptione* repellitur, nec eo nomine, vt agat, necesse est. Interim *sententia iudicis* omnino desideratur, ne inauditus condemnetur, quamuis hæc magis *declaratoria* quam *privatoria* esse videatur, cum ex legis dispositione, & sic ipso iure cadat iure suo, secus ac statuit MENOCH. *rem. V. recup. poss. n. 66.* Quæ cum ita sint, palam est, fibi

sibi ius dicentem, qui remedio recuperandæ possessionis conuenitur, non audiri, si vel maxime *dominii* exceptionem *in continenti* probare velit, quæ probatio hoc casu sine omni foret effectu, cum nihilominus dominium amissum sit. γ) Denique si rem mobilem vel immobilem occupauit, quam suam esse putauit, eam non tantum reddere, sed præterea etiam solidam rei æstimationem compellitur per *cit. §. 1. I. de vi bon. rapt. l. 7. C. unde vi*. Hunc in finem communiter concedunt *condictionem ex lege*, quod noua lege hæc obligatio introducta, nec in ea cautum, quo genere actionis experiamur. MENOCH. *remed. IX. recup. poss. n. 310. seqq.* Hæc sententia mihi vel inde minus accurata videtur, quod in hac specie obligatio non immediate *ex lege* fluat, sed *ex delicto*, quod reus sibi ius sine iudice dixerit, adeoque heredes ad solidam rei æstimationem conueniri non possint (est enim omnis obligatio ex delicto personalissima; *l. 5. de calumn.*) qui sine dubio conueniri potuissent, si *condictio ex lege* instituenda esset. Ceterum non dubium est, quin hodie per modum cumulationis simul agi queat & ad rei restitutionem & ad solidam eius æstimationem. Ipsam *æstimationem* rei quod concernit, ex merito actoris arbitrio est committenda, salua tamen moderatione iudicis, quæ si per iuramentum in litem confirmata fuerit, reus ad eius præstationem condemnandus est. Diuerso iure vtuntur Saxones, qui in *vi expulsiua* spoliatorem ad iuramentum admittunt, quod vocant *minorationis*, vt vel æstimationem ab actore factam præstet, vel suo

iuramento confirmet, vtut de hoc casu *specialiter* apud eos nulla mouebitur controuersia, cum vnanimiter doceant, poenam ius sibi dicentis sine iudice nunquam in Saxonia fuisse receptam, cuius contrarium tamen cap. seq. demonstrabo.

Remissive de
exceptioni-
bus.

§. XXI. Plures vero exceptiones suggerunt traduntque interpretes, quas longa serie colligere licet ex traditis *MENOCHII remed. IX. recup. poss.* quæ docent, in multis casibus hanc poenam applicari non posse. Cum vero pleræque ex fundamentis antea iactis facile æstimari & diiudicari possint, nolo me his specificè enarrandis immittere, ne limites mihi præscriptos transgrediar; sed statim ad huius doctrinæ vsum hodiernum progredior.

CAP. II.

De poena ius sibi dicentis hodierna.

§. I.

De vfu huius
doctrinæ ge-
neratim.

Sententiam iuris Romani de *pœna ius sine iudice sibi dicentis* ex eiusdem penetralibus pro instituti ratione erui. Cui vero vsui? forsan quispiam obiecerit; quid iuuat tantam impendere diligentiam circa otiosas quæstiones, nulum vsum in foris habentes? Facile vero quilibet animaduertet, me hunc laborem suscepisse, vt inquirerem, an vsum hæc doctrina haberet practicum, & in quantum sese hic extenderet? Neque enim inutilis & otiosa dici potest meditatio, quæ propter *vsum* potissimum suscipitur; in hunc autem
nemo

nemo penetrare eumque recte eruere potest, nisi ante rem ipsam recte perspectam cognitamque habeat, de cuius applicatione quæritur. Neque rursus illorum, qui de usu frustra dubitari credunt, supponuntque, ius Romanum in quibuscunque scitis esse applicabile, auctoritate deterreor aut moueor, cum *postulatum*, quod assumunt, gratis assumant, non probent, nec per rationes solidas nec per experientiam; imo vero *status rei Germanicæ* & huic iuncta experientia in contrarium docet, plura iuris Romani capita nec hodie recepta esse, nec recipi potuisse, ut vel doctrina de pactis nudis & stipulationibus docet.

§. II. Si usus huius doctrinæ ex opinionibus Præmittuntur eorum testimonia, qui usum huius doctrinæ negant. testimoniisque interpretum æstimandus foret, quid superesset, nisi ut iudicium de usu suspenderemus, quia in utramque partem cateruatim cohortes produci possunt sine vlla spe victoriæ certæ? Sunt infiniti, qui pro usu militant; sunt etiam, qui eum impugnant, destruunt, prosterunt. Horum castra sequuntur magni inter Ictos heroes, quos primo loco in aciem producam. GEORGIVS EVERHARDVS *Vol. 2. conf. 7. n. 8.* simpliciter ait, in *spoliis*, simpliciter, siue aliquo modo violentis, non obtinere amplius pœnam legis, si quis in tantam, iam pridem diuturnus usus et obseruantia declarauit, ita ut ad aliam declarationem non sit confugiendum. Pariter VOETIVS ad D. tit. quod met. caus. §. 17. moribus nostris, ait, ille iaris rigor mitigatus est, quod auctoritate priuata occupans debitoris bona, & debitum iniecto terrore extorquens, atque ita ius sibi dicens, ius cre-

diti

diti non amittit. Præiuit eum PEREZ in *C. tit. unde vi n. 31.* dicens: *hodie generaliter cessare videtur actio ex d. l. 7. C. unde vi ad pœnam ibi præscriptam, sed is, qui vim facit, damnatur in id, quod interest aduersarii, & extra ordinem punitur pro delicti vel facti qualitate.* Secutus est tum COVARRUVIAM *lib. 3. var. resol. n. 7.* intrepide asserentem, totius orbis Christiani usu atque praxi antiquatam esse hanc pœnam; tum FRANCISCVM SARMIENT. *lib. II. select. interpr. c. 13. n. 17.* testantem, se pœnam huius legis nunquam vidisse practicari, quod etiam de regno Galliæ attestatur CHRISTINAEVS *Vol. 2. dec. 184. n. 4.* Præterea GRONEWEGEN ad *l. 13. quod met. caus. generaliter tradit: hodie ius crediti non amitti; rationem autem pro more nullam addit.* Plenius de non-usu huius pœnæ philosophatur ad *§. 1. I. de vi bonor. rapt.* pluresque præterea testes in scenam producit. Nec horum partes deserit STRVV. *ex. 45. th. 114.* maxime GREGOR. BICCII auctoritate motus, qui *rer. quotid. sect. 4. th. 185. lit. m.* præiudiciis hanc sententiam illustrat roboratque, simulque ad Rostochienses, Marpurgenses, & Argentoratenenses prouocat. Pariter ad ea prouocat Andreas CLVDIVS *rerum quotid. n. 66.* & anno 1616. in Facultate Helmstadiensi pronunciatum esse testatur, constitutionem, *si quis in tantam,* usu non feruari. In eandem inclinat sententiam FINCKELTHAVS *obs. 124.* & non tantum in Saxonia, sed etiam extra eam non usum huius pœnæ agnosci tradit. Quin parum abest, quo minus etiam in horum sententiam abeat HARPPRECHT *vol. nou. cons. 48. n. 222.* non pro
ratione

ratione dubitandi, sed decidendi sequentia adferendo: So ist doch hingegen dieses niemanden unbekannt, mit was Animosität nicht einzelne und priuati, iidem-que celeberrimi L^{cti}, die widrige Meinung souteni-
ren und verfechten, ja auch ganze und fürnehme Collegia auf Vniuersitäten dieselbe pro penitus ab-
rogata halten, sondern dieses kommt hieben in für-
nehmliches Bedencken, daß auch der vieljährige und
in des höchstpreißlichen Kayserl. Reichs-Hof-Raths
Proceß und Rechts-Händeln höchst versirte Reichs-
Hof-Rath Herr von Andler diese Frage: ob nach
der Verordnung dictæ l. 7. an dem höchsten Reichs-
Gerichten hodiernum gesprochen werde? in ziemli-
chen Zweifel setzet, wenn er in seiner iurisprud.
publ. & priu. lib. 2. tit. 2. in f. diese dubia verba brau-
chet: *is, qui alterius prædium occupat, priuatur domi-
nio rei l. 6. § l. 7. C. unde vi, in qua non tantum inua-
sor rem restituere cogitur, sed & si dominus fuerit, do-
minium amittit: quamuis aliqui hanc legem abolitam
esse tradant.* Noch grösseren Zweifel aber hat der
Herr Referens in causa der Herren Grafen v. C.
W. wider das Kloster Br. in erst neuerlich an der
Cammer erstatteten relation der Ursachen erwecket,
*quod dicta l. 6. C. unde vi, modernis moribus nullum am-
plius vsum habeat, positue & his conceptissimis forma-
libus adstruit: tertia & quarta exceptiones litis quasi
ingressum impediennes sunt: man hätte diesen Proceß
wider sie Herren Beklagte nicht erkennen sollen, erstlich
weiln das Kloster propter commissum in anno 1628.
spolium vi legis, si quis in tantam C. unde vi, alle sei-
ne an denen dreyen Dörfern quæstionis gehabte Rechte*
F ver=

verlohren: Secundo daß vermöge Reichs-Abschiedes de anno 1555. §. dieweil aber, item §. wir befehlen und gebiethen, &c. wegen solcher veränderten geistlichen Güter die Inhaber ins künftige mit keiner citation, mandat, oder Proceß beschweret werden sollen. *Sed parum euincunt.* Nam 1) constat, pœnam legis, si quis in tantam C. unde vi, hodie in desuetudinem abiisse, hoc in locum eius surrogato, quod spoliatus ante omnia restitui debeat, nec prius respondere teneatur per vulgata. Ita equidem ille in recentissimis votis Cameralibus a Dn. HENRICO GVNTHERO THVLEMARIO editis P. I. relat. 25. n. 4. sqq. q. 910. Add. ibid. relat. 26. n. 40. Plures in aciem deducere non vacat, quos consignant HARPPRECHT cit. l. n. 2. BARDILI a. l. 7. C. unde vi th. 2. sqq. STRVV. cit. loc.

Ut & eorum,
qui vsum ad-
struunt.

§. III. Contra hos alii, etiam magni nominis Icti, aciem instruunt, & validioribus copiis instructi magno animi conatu vsum huius causæ vindicant, asserunt, propugnant. Instar omnium fit prælaudatus BARDILI, qui ad cit. l. 7. th. 4. sqq. variis argumentis vsum huius pœnæ hodiernum adstruit, de quibus postea agendum. Grauitèr vero contra dissentientes edisserit L. B. de LYNKER de grauam. extraiud. c. 9. P. 2. §. 44. increpando eos, quod statim non vsum legis crepent, *quando aliquandiu lege quadam vel imperitia partium vel aduocatorum aut iudicis nemo usus est; vel ea quid ex veteri iudiciorum forma seu statu præfert, aut paulo rigidior est, quam ut ea duritie opus esse censeatur.* His præmissis, hanc subiungit ἐπίκρισις. Veram vti iuris antiqui sepulchris haud vnquam libenter insidemus, nisi quoad inde recreatis ad recentiore fori quoque literaturam lice-

ret

ret resurgere: ita iurisprudentiæ illam detractiōem iuueni-
bus præcipue extorquere solemus, cum eadem semel afflata
ingenia veluti pestilenti quodam sidere percussa ad frugem po-
stea peruenire haud vnquam possint. Sed prolixior est in
hac exprobratione, vt cetera huc transferre haud ex-
pedire videatur. Hac enim finita, transit ad praxin
dictæ l. 7. eamque vindicat prouocando ad protribuna-
lia a se edita. Adde illis, pergit, præiudicium apud GYL-
MANNVM in Symphorem. p. 35. vbi Ser. Elect. Brandenburg.
in anno 1581. iuxta d. l. quem castro spoliauerat, condemna-
tus est: eoque recentius aliud (vtut magis in speciali l. 5. C.
de legat. fundatum) in c. Hohenl. Mauensteine contra
Hohenl. Waldenburg mandati de edend. inuent. in qua cum
legatarius propria auctoritate contra voluntatem heredis, rem
legatam sibi sumisset, Camera Spir. vna citationem ad vi-
dendum se incidisse in pœnam privat. legat. decreuit. Conf.
EVNDEM in anal. ad Digest. p. 417. in f. Simili fidu-
cia vsum huius pœnæ adstruit BRUNNEMANNVS ad
l. 13. quod metus causa n. 4. & quæritur, ait, an hæc con-
stitutio Marci per desuetudinem sublata? Id audacter pro-
nunciant nonnulli, vt COVARRVV. lib. 3. res. 16. n. 7. FARI-
NAC. q. 175. P. I. n. 145. GROENEWEG. ad b. l. Sed quod
hic vel ille hanc legem non allegatam nec in ferenda senten-
tia obseruatam viderit, ex hoc nulla desuetudo probari pot-
est. Scio ipse casum, vbi aliquis heres legitimus domum
ac bona defuncti occupauerat, & postea dicebat, se non ve
heredem, sed vt creditorem occupasse, in qua sententia inter
H. M. S. M. & A. M. sententia ex hac lege concepta fuit a Dn.
Ictis Ienensibus, & ita apud nos pronunciatum d. 19. Oct. an-
no 1647. Leges præsumuntur vigere, nisi de consuetudine
contraria manifesta appareat. Et præsertim tales leges ho-

die necessariae, ubi plerique iugum obedientiae excutere velle videntur. Non ergo admittimus, quod Petrus Greue ex. 5. n. 20. hanc legem a tota Geldria, Gallia & communi totius Christiani orbis usu exulare dicit; quomodo enim id probare poterit? quo fine tot Icti eos textus tam diligenter tractant? Post pauca addit: Sed quid in foro conscientiae? Non dubito, tuto vim passum retinere posse, imo exigere pecuniam sibi violenter extortam licet debitam. Nam iustus est titulus ex lege, quae creditorem in poenam violentiae iure suo priuare, & me iniuriam passum liberare voluit, modo verus sit dolus & contemptus magistratus. Conf. EVNDEM ad l. 7. C. unde vi, n. 10. sqq. Socero adiungo generum, B. STRYKIVM in usu modern. ad tit. quod metus causa §. 9. qui, postquam §. anteced. demonstraauerat, nec usum huius legis 13. quod metus causa, pugnare cum iure Sax. prouinciali, quin potius eundem in L. L. Wisigothorum agnitum, haec subiungit: Postquam ius ciuile in Germaniae fora traductum, non credendum est, plus priuatae auctoritati indultum fuisse in Germania & saluberrimis illis LL. repudium esse missum, quod tamen non pauci asserunt: Vnde pro obseruantia talium LL. reipubl. tranquillitati quam maxime inseruientium omnino pronuncian- dum. Illustrat subinde usum huius legis ex constitutionibus imperii, praxique Camerali, & tandem ostendit, Cameram regiam & electoralem Brandenburgicam a praxi eius non recedere, quam infra etiam vltius confirmabo. Pari feruore pro obseruantia constitutionis D. Marci pugnat MEVIUS P. 1. decis. 95. & n. 2. seq. rationes ita subducit: Verum quando nec reperitur textus iuris Canonici, qui eam sanctionem tollit, nec, etsi talis esset, certum foret, quod isti hac in re potius

potius quam iuri civili standum esset, præstat insistere perspicue constitutis, maxime cum in pœnalibus ius civile sequi soleamus. Si moribus id correctum dicitur, probanda est prius consuetudo iuris correctoria, quæ facti est, ideo non præsumitur. Vbi non constat de correctione vel abrogatione per statutum vel consuetudinem, sequi oportet legem, donec istius probatio fit. His suppositis aliis variis locis secundum hanc Marci legem iudicatum fuisse memorat ut P. IV. decis. 217. 218. 219. 220. P. V. decis. 156. 351. &c. Plenius usum huius constitutionis euincit SCHILTER in praxi iur. Rom. ex. II. §. 13. sqq. contenditque, eum nec iuri Saxonico nec Canonico aduersari, sed potius legibus antiquis conuenire, id quod postea sub incudem reuocabo. Pariter LAVTERBACH ad tit. de vi & vi arm. §. 20. & dissert. de priuat. delict. th. 37. obseruantiam huius pœnæ propugnat, legibus imperii in testimonium vocatis. Eandem etiam egregie adstruit Dn. de BERGER in elect. discept. for. p. 152. variis adductis præiudiciis, simulque in tr. de usu action. pœnal. p. 95. praxin huius pœnæ inculcat. His denique plures alii addunt calculum, quorum verba referre non iuuat, cum sufficiat, lectorem ad eos ablegasse, quorum in numero sunt Icti Altorfini tom. II. respons. p. 224. & Vitebergenses apud ill. BERGERVM tom. I. consil. p. 516. ESBACH. ad Carpz. P. 4. C. 55. def. 11. & P. I. C. 6. def. 8. n. 2. PHILIPP. in vs. pract. Instit. ad tit. de vi bonor. rapt. ecl. 12. n. 13. Ill. Dn. de COCCII in iur. contr. ad tit. quod legat. qu. I. BLVM. in supplic. cam. tit. 18. n. 31. BALTHASAR in pract. resol. P. IV. tit. 20. resol. I. PRVKMANNVS vol. II. conf. 6. n. 38.

Probatur af-
firmatiua sen-
tentia.

1) Quod non
abhorreat a
recta ratione.

§. IV. Non adeo ambigua suscipienda deli-
beratio videtur, in quorum castra transeundum sit,
cum argumenta iam iam adferenda euincant, vsum
constitutionis D. MARCI vindicantes in hoc confli-
ctu superiores futuros esse. Etenim (1) non ab-
horret a recta ratione, sed potius statui rei publicæ,
vnde iura desumenda sunt, admodum conuenit,
prout *capite I. §. 3. sqq.* iam obseruavi. Qui sibi ipsi sine
iudice ius dicit, cum copiam eius habere posset,
grauiter peccat in rem publicam, auctoritatem magi-
stratus lædit, iugum legum excutit, & rem ad
statum naturalem, vnde tamen ad civilem itum est
felicitatis communis ergo, reducit, pro tanto fa-
cinore merito plectendus. Et cum legis sit, pœ-
nam determinare, priuatio iuris nec nimis rigoro-
sa nec iniqua dicenda est. Nemo magis iure suo
abutitur, quam qui in iure, quod ad se pertinere
censet, semet ipsum iudicem constituit, sibi senten-
tiam dicit temerario more, eamque vi exequitur.
Meretur autem iure suo priuari, qui eo grauiter ab-
usus est. Hoc recta ratio inculcat, suadet, vrget;
hoc leges quarumcunque rerum publicarum pro-
bant. Non ergo culpandus est D. MARCVS impe-
rator prudentissimus & philosophus egregius, quod
pœnam priuationis in eos, qui sibi ius dixerint, con-
stituerit, quam ipsemet ex optima & rationabili cau-
sa produxit. Qui dissentiunt, vnice rigorem pœnæ
crepant, allegant, adferunt; sed facinoris grauita-
tem non ponderant, quod absque grauiori pœna in
republica tolli non potuit. Sunt homines proni ad
vindi-

vindictam priuatam: iudices esse amant in causis propriis, & ad ea facile feruntur, quæ in statu naturali permiffa quidem, fed a civili prorsus abhorrent. Id, vero in republica aliter quam per rigorem pœnæ aboliri nequit, adeoque nec hic reprobandus. Deinde sunt plures aliæ pœnæ, plus rigoris habentes, quæ tamen propterea non statim a praxi excludendæ & reiiciendæ. In applicatione non iudicamus de legibus, fed secundum leges, maxime si nihil in se contineant, quod rectæ rationi repugnet. Nec credendum est, plus hodie in nostris rebus publicis singulis, quam olim ciuibus Romanis, permiffum esse, præsertim cum omnes diffidationes, quæ olim Germaniam nostram infestabant, per Dei gratiam sublata & tandem *pax publica* reddita atque restituta fuerit. Ius, quod *manu* redditur, magis belluinum quam humanum est, vt optime obseruat CICERO *l. I. de offic.* docens, *duo esse genera decertandi: vnum per disceptationem, alterum per vim; illud proprium esse hominum, hoc belluarum.* Nihilominus tamen maiores nostri in eam prolapsi erant insaniam, vt non per iudicem, fed per vim sibi ius dicendum crederent, quam pestem Reipublicæ tot leges & constitutiones de *pax publica* vix abolere potuere. Et tamen huius pestis pœnam, quam D. MARCVS sapienter introduxit, deprecantur dissentientes, nimio eiusdem *rigore* offensi, qui tamen imaginarius cerebrinusque est.

2) Nec ius canonicum re-
clamat,

non obstante
c. i. X. de dolo
& contum.

quod resolu-
tur.

§. V. Præterea (II) nec per *ius canonicum*, quod in multis articulis ius civile correxit, hæc pœna reprobata, quamvis alias plura in doctrina *spolii* in-nouauerit, imo & corruperit. Præsidium fere omne collocant in c. i. X. de dolo & contum. dissentientes, inter quos primatum gerit ZOANNETTUS de differ. iur. ciu. & canon. n. 163. quamvis alii, qui secundum ius canonicum rigorem l. 7. C. unde vi, non agnos-
cunt, hoc restringendum esse censeant ad ecclesiam, pias causas & personas ecclesiasticas, ne per indirectum ecclesia detrimentum accipiat, si pœna priuationis erga prælatum exercenda foret. BARBOSA in col-
lect. ad cit. c. i. n. 4. Inter priuilegia piarum causa-
rum TIRAQVELLUS de priuil. piar. caus. priu. 144. & hoc caput referendum esse censuit: ecclesia vio-
lenter inuadens possessionem rei sue non incidit in con-
stitutionem l. si quis in tantam C. unde vi, idque a
glossa ad cit. c. i. verb. rigor. obseruatum esse refert.
Sicuti vero glossæ nullam tribuimus auctoritatem in decidendo; ita ipse textus de hac pœna prorsus non disponit. Quomodo ergo vsum eius tollere potuit vel in genere vel in specie in causis ecclesiasti-
cis & piis? Ita enim ALEXANDER III. ad hæc cum contingat, actorem multoties mittendum esse in possessio-
nem causa rei seruande, propter absentiam partis ad-
uersæ, & per eius dolum siue potentiam non possit rem custodiendam nancisci, ac imminenti fine anni reus (ne possessionem amittat) debitam offerat cautionem, cuiusmodi sit pœna multandus, quia iussioni non paruit iudicis, a nobis tua fraternitas requisivit? De iure ci-
uili, qui dolo malo faciebat, quo minus missus rei seruandæ

seruandæ causa possessionem consequeretur, conueniri poterat actione ad interesse, per quam consequeretur, quanti eius interfuit in possessione fuisse admissum, *t. t. D. ne vis fiat ei, qui in poss.* quod sine dubio ex ipsa principali causa, ob quam missio decreta erat, æstimari debebat. Quin etiam manu militari prætor interdictum suum executioni dare poterat. Ab hoc rigore tamen abstinendum esse censuit pontifex: *ad quod dicimus, quod in ecclesiasticis personis & negotiis* RIGOR ET DISTRICTIO IURIS *non requiritur: sed cum iustitia propter hoc non periclitetur, pariter admitti debet, cum reus per cautionem standi in iudicio se adstringit.* Decepit sine dubio glossator ineptus interpretes, ut crederent, per *rigorem & districtiorem iuris* intelligendam esse constitutionem, contra eos, qui sibi sine iudice ius dicunt, latam, a quo casu tamen textus decisio aliena est. De contumacia, in non admittendo missum commissa, eiusque poena quæstio erat, non de poena eius, qui sibi sine iudice ius dicit. Interim facile largior, prælatum per vim in re ecclesiæ ius sibi dicentem sine competente iudice, non præiudicare ecclesiæ, non quidem ex decisione ALEXANDRI III. sed ex *ratione generali iuris canonici*, quod prælatus facto suo iniquo ecclesiæ ius minuere aut deteriorare non possit. Conf. MENOCH. *remed. IX. recup. possess. n. 118.* BARBOSA *ad c. ult. C. 16. q. 6.* Interim infestus & pugnax prælatus aliter puniendus. Reprobauit *ius manuarium* in prælatis admodum GREGORIUS I. cuius verba retulit GRATIANVS in *c. 1. C. 16. q. 6.* docetque, quos-

Ostenditurque
illud de contumacia,
non de hoc casu agere.

Quamuis ius
canonicum ius
manuarium
admodum re-
probet,

& priuatio-
nem iuris et-
iam decernat
Prælati:

Quamuis ius
canonicum ius
manuarium
admodum re-
probet,

quosdam fuisse, qui quod pauperibus competere ex-
istimant, non iudicio, sed manibus defendunt & cum per
predicatores suos veritas dicat: nihil per contentionem
&c. etiam ipsum litigiosæ contentionis malum transscen-
ditur, & res quælibet, cum æstimatur ecclesie posse
competere, per vim tenetur. Qua de causa per ana-
thema prælatos huius farinae coercendos esse credi-
dit, quod mortis spiritualis pœna est. Quid? quod
præterea merito eum iure suo cadere recte forsan
dixeris, quatenus hæc pœna vnice violentum inua-
forem tangit, non etiam in ecclesiam redundat. Nec
aliter censuere patres Africani anno 418. c. 21. apud
HARDVINVM tom. I. concil. p. 1220. & GRATIANVM
in c. 2. C. 16. qu. 6. (nam Mileuitano concilio hunc ca-
nonem non esse tribuendum, iam dudum obserua-
uit SCHELSTRATE in eccles. Afric. p. 247. vtut inter
Africanos referri debeat.) E re erit, ipsum cano-
nem adscribere: item placuit, vt quicumque episcopi
quascunque ecclesias vel plebes, quas ad suam cathe-
dram æstimant pertinere, non ita repetierint, vt cau-
sas suas, episcopis iudicantibus, agant: sed, alio re-
tinente, irruerint, siue volentibus siue nolentibus ple-
bibus, CAUSAE SVAE DETRIMENTVM PATIAN-
TVR. Et quicumque iam hoc fecerint, si nondum est inter
episcopos finita contentio, sed adhuc inde contendunt:
illo discedat, quem constiterit, prætermisissis iudiciis ec-
clesiasticis, irruisse. &c. Palam est, Africanos etiam
contra prælatos, de facto, sine iudice, procedentes,
rigore iuris ciuilis vsos fuisse, nec adeo inique. Qui
formam viuendi suo exemplo proprio aliis tradere
debent,

debent, nulla venia digni sunt, si vim faciunt, iudicis spreta auctoritate.

§. VI. Multo magis vero hæc pœna ad eos trahenda erit, qui beneficia ecclesiastica violenter occupant, quæ possideri non possunt absque legitimo titulo & institutione præuia. Aliter qui ea ingrediuntur, *intrusi* dicuntur, (vid. LANCELOTUS *de attent. P. 1. c. 3. n. 74. sqq.*) quos pœna priuationis rectissime tenet, iudice BONIFACIO VIII. in c. 18. de præb. in 6. En verba: *eum, qui beneficium, cui animarum cura imminet, vi occupat, seu se scienter iniuste intrudit in eo; decernimus ipso iure fore priuatum beneficio, quod cum cura simili primitus obtinebat.* Non enim decet, ut stultus melioris quam peritus conditionis existat, vel quod inuasor, eo, qui iuste ingreditur, priuilegio gaudeat potiori. Addit vero præterea generalem dispositionem: *Insuper ut violenti, qui auctoritate, (vel verius temeritate) propria occupare dignitates, personatus aut alia quæcunque ecclesiastica beneficia non verentur, etsi non virtutis amore, pœnæ saltim formidine, a suæ temeritatis audacia refrenentur; eo ipso ius, si quod in dignitatibus, personatibus & beneficiis occupatis taliter vel ad ea ipsis forsitan competeat, amittant.* Faceßant igitur, qui sub vmbra iuris canonici, cui in praxi insigne tribuunt pondus, contra vsum huius pœnæ pugnare conantur, quos ipsum ius canonicum repellit. Quid? quod hoc ipsum contra spolium committentes adeo late propagauerit odium, ut seuerius cum his agendum esse censeat, ac quidem ius ciuile. Equidem in c. 1. X. de restit. spoliat. GREGORIUS IX.

Vel iis, qui beneficia ecclesiastica per vim occupant.

Denique nec
contrarium
colligi potest
ex. c. 1. X. de
restit. spoliat.

in causa *spolii* exceptionem *dominii* non esse reiicien-
dam existimavit, si actor ei consentiat; inde tamen
minime deducendum est, in commisso & probato spo-
lio non imminere priuationem *dominii*. Actor, qui de
spolio conqueritur, & exceptioni rei, qua *dominium* rei
sibi adferit, scienter se immittit, permittitque, ut eius
probationem suscipiat, duplici via sibi nocet: 1) quod
restitutionem paratissimam consensu suo impediat:
2) quod a poena priuationis se alienum esse ostendat.
Inuitus nemo agere cogitur, si iniuriam sibi illatam &
vim deuorandi studium gerit. Laudandus omnino,
non culpandus est. Ceterum si iure suo uti mauult,
exceptione *dominii* reiecta, spoliatus mox restituitur,
& postea in petitorio conuento parata est exceptio *pri-
uationis domini*. Denique parum dissentientibus pro-
dest forensis sententia vulgatissima, quod, restitutione
spolii facta, ad *petitorium* spoliatori via non denegetur.
c. 7. 10. X. *restit. spol.* Utique via ei panditur, sed salua
exceptione rei; huius ab arbitrio pendet, utrum iure hoc
uti, an simpliciter petitorio disceptationem causae per-
mittere malit.

(3) Nec aduer-
satur ius Ger-
manicum anti-
quum huic
poenae.

§. VII. Vltorius (III) neque *ius Germanicum*
antiquum quid habet, quod cum usu *huius poenae*
consistere non possit. Scio, in alia omnia iuisse quon-
dam BERLICHIVM, CARPZOVIVM, COLERVUM, ceteros,
quorum vestigia fideliter premit SIGISMUNDVS
FINCKELTHAVS *obs.* 24. hac adducta quaestione: *credi-
tor, non implorato iudicis auxilio, bona debitoris sui
proprio ausu occupans an ius crediti iure Saxonico
emittat?* quam per rationes dubitandi & decidendi
exami-

examinat. Verum scio quoque, sæpe ICTOS prælaudatos, quorum meritis ceteroquin nihil derogo, sæpe in iure patrio h. e. Germanico hospites fuisse. Frigida sunt, quæ FINCKELTHAVSIUS in scenam producit, pro non-usu huius pœnæ & pugna eius cum iure Germanico. Ait, ius *prouinc. Sax. lib. 3. art. 43.* disertis verbis edicere: Was sich ein Mann mit unrechter Gewalt unterwindet, das ihn denn mit Recht abgenommen wird, er muß es mit Wette und Buße ihm wiedergeben. Recte vero ita censuere maiores nostri, qui tamen supposuere casum, si quis per iniuriam *rem alterius* occupauerit, obseruante SCHILTERO *ex. XI. §. 14.* Ea in specie ius Romanum præter *rem æstimationem* rei præstandam esse iussit in pœnam violentiæ: ius Germanicum itidem, Buß und Wette, vt & *iudici & actori*, cui iniuria illata, satisfiat. Ita vero ius vtrumque magis conspirat quam sibi contradicit. Neque vero *deliria glossæ* ius faciunt, aut vim decidendi habent. Audiamus vero glossatorem ad *ius Weichbildicum art. 29. n. 10.* Welcher Mann eines Gutes sich unterwindet mit unrechter Gewalt, der soll es mit Bett und Buß wiedergeben, je wem in seine Gewalt, da es vor war. Und ob er wohl nach Ränserl. Recht, hernach nicht darzu klagen mag, so kan er doch nach Sächsischen Rechten, wenn er die Buße gegeben, wohl wieder darzu kommen. Sit ita, hunc textum de eo casu disponere, quo quis temerario ausu, sine iudice, *rem suam* inuadit, possessore expulso, supponit tamen glossator conditionem, quæ abesse & adesse potest: Ait, wenn er die Buße gegeben, ei haud

Nec huc pertinet lib. 3. art. 43. iur. Sax. prou.

multo minus ineptus glossator audiendus.

Quin potius
ius Germani-
cum optime
conspirat cum
iure Roma-
no ;

quod responso
illustratur.

Rationes dubi-
tandi.

imminere *pœnam priuationis*; est enim *Busse multa*, quæ penditur parti læsæ, qua accepta, iniuriæ nomine actori satisfactum, qui postea ad aliam *pœnam* prouocare amplius nequit. Quid vero, si huic multæ haud inhiavit, spe prædæ pinguioris sese lactans, quis repelleret læsum, *priuationem dominii similisue iuris* ambientem? Superesset vero, vt euidētissimis probatum darem argumentis, ius *Germanicum* egregie cum iure *Romano* conspirare, nisi hac in causa mihi iam otium fecisset præstantissimus SCHILTER in *pr. iur. Rom. ex. II. §. 14. sqq.* quem etiam secutus est illust. a BERGER in *elect. discept. for. p. 152.* Eo magis vero ab illustratione vltiori abstinendum censui, quod ante aliquot menses illust. Facultas iurid. huius loci veram mentem *iuris Saxonicæ* seu *Germanicæ* egregio responso, ab illustri eius ordinis membro confecto, denudauerit, in quo præterea praxis imperii grauissimis asserta est fundamentis, quod proinde in rem meam vertendum esse, iudicaui. Ita vero illustris ordo censuit:

Ob es wohl das Ansehen gewinnen will, als wenn der l. 7. C. vnde vi, ingleichen andere Römische Gesetze von gleichem Inhalt, und insbesondere der l. 13. C. quod metus causa, in der ganzen Christenheit niemals in vsum gekommen, wie die Marpurgische und Rostochische Iuristen bey dem BICCIO

in *Aureis sect. 4. p. 588.*

bezeugen, und deswegen GROENEWEGEN
de *LL. abrogatis ad §. 1. I. de vi bon. rapt.*

wie auch CHRISTINAEVS
Vol. III, *decis. 15. n. 10.*

weder

weder in denen Niederlanden noch Franckreich dergleichen Härte in vñ zu seyn fürgeben, hiernechst die heutigen Sächsischen Lehrer fast meistentheils der Meinung sind, daß sothane Römische Geseze in suo rigore in ihren Landen in der Übung nicht wären,

CARPZ. I. F. Part. IV. Const. 30. def. 11. n. 7.

BERLICH. conclus. 21. part. I. n. 6.

MENCKE ad ff. tit. de vi & vi armata p. 1275.

sondern nur eine Busse und Bestrafung zulassen, welche wohl nach Beschaffenheit der Umstände auf eine Landes-Verweisung extendiret werden möchte,

SCHILTER Exercit. ad ff. XI. n. 16.

im übrigen aber sich festiglich bereden, daß der Verlust der Sache, welche eigenmächtig occupiret, oder auch des crediti, so mit Gewalt erpresset werden wollen, allzu- strenge, und der proportion des delicti nicht gemäß sey, welches in gegenwärtigem Fall um so viel gewisser zu seyn scheint, da der Herr Quærente nicht in Abrede seyn kan, daß denen K. Erben im Kauff- Briefe bis zu ihrer völligen Befriedigung in dem verkaufften Lehen- Gute eine würckliche hypothec, oder Unterpfund cum constituto possessorio & pacto executiuo verschrieben, und eine Stube zu des Creditoris Wohnung biß auf Martini deswegen bedungen worden, damit er allda einen freyen Abtritt haben möchte, mithin fast zu schließen seyn dürffte, daß, weil die von K. einiger massen iustam causam für sich gehabt, sie wohl das ihnen versezte Gut cum constituto possessorio eigenmächtig occupiren mögen, oder zum wenigsten deßhalb nicht zu befürchten hätten, daß nach dem Rigueur der Römischen Geseze mit ihnen verfahren

fahren werden sollte, cum si vel leuem habuerit causam possessionem occupans, seueritate dictæ legis non credatur teneri,

MENOCHIVS *Remed. recup. V. n. 48. § seq.*

um so viel mehr, als es unläugbar ist, daß der debitor naturaliter zu Zahlung verbunden, und also der creditor seines Rechts nicht beraubet werden mag, welche raison den Compilatores Decreti, das ist Gratianum, vermuthlich bewogen, von solcher Härte abzugehen;

SCHILTER *exercit. ad pand. XI. §. XII.*

Rationes decidendi.

Jedennoch aber und dieweil nicht nur allein das Römische Recht und die daraus angeführte Gesetze nichts unbilliges in sich halten, sondern auch der gesunden Vernunft gemäß ist, daß wer einer Obrigkeit unterwürffig, diese vor seinen Richter erkennet, durch dessen Beyhülffe zu seinem Rechte gelange;

GROTIUS *de I. B. & P. lib. I. cap. 7. n. 12.*

hingegen unzweiffelhafft, daß eine eigenmächtige occupation unbeweglicher Güter und Erpressung des schuldigen Quanti eine Verachtung des Obrigkeitlichen Amtes nach sich ziehet, woraus allerhand Unordnung, Mord, Verleumdung und andere gefährliche Unruhe entstehen kan, mithin das crimen so gleich in die Augen fällt, welches dahero eine ernstliche Bestrafung verdienet, und inmittelst, nach genauer Betrachtung der Sache selbst, die vorgeschützte disproportion der Ubertretung quæstionis gegen die Straffe eine pure abstraction ist, indem dieselbe

dieselbe nicht, nach den Gedancken der Iuristen, sondern nach denen Gesetzen und denen Verbotten, auch nach dem Maaß der Verachtung des Obrigkeitlichen Amtes und des Gesetzgebers selbst an gesehen werden muß, anbey die gescheuteste Rechts-Lehrer solche cerebrinam proportionem in Bestrafung der Missethaten aus gegründeten Ursachen verwerffen,

PVFFENDORF. *de I. N. & G. lib. VIII. cap. III. §. 16. seq.*

HOCHSTETTER *de pæn. sect. IX. §. 3.*

hiernächst die Marpurgische und Rostockische Iuriconsulti allzumilde und nicht ohne Ubereilung bejahet, daß sothane harte Bestrafung in der ganken Christenheit nicht in die Übung gekommen, gestalt sowohl in der Reichs-Kammer darauf beständig erkandt worden,

LAVTERBACH *in Collegio ff. late de vi & vi armata §. XX.*

als auch der Reichs-Abschied de a. 1521.

§. und ob sich

auf dergleichen eigenmächtige occupation und wiederrechtliche Erpressung die in den Römischen Rechten gesetzte Straffe theils approbiret, theils auch was in den Teutschen Gewohnheiten und Rechten bereits obtinirt, bedenklich wiederholet, allermassen SCHILTERVS sehr deutlich gezeiget, daß sowohl nach dem alten Sachsen- als auch Schwäbischen Land-Recht offtbemeldte Bestrafung und Verlust der Klage, auch andere Befugnisse längstens im rechtlichen Gebrauch gewesen,

SCHILTERVS *exercit. ad ff. XI. §. XIV. seq.*

denne auch die Sächsishe Schöppen- und Rechts- Lehrer in pronunciando ehedessen gefolget, welches die von SCHILTERO allegirte præiudicia noch klährer erweisen; im übrigen aber Colerus, Carpzovius, Berlichius und andere, so diesen beypflichten, durch eine falsche Erklärung des Sächsischen Land-Rechtes, und insonderheit durch die ungeschickte Glossatores desselben, welche die alte Teutsche Worte nicht recht verstanden, auf Abwege gerathen, wohl erwogen, daß sie folgende Worte des Land-Rechtes

lib. III. artic. XCIII.

Was sich der Mann unterwindet mit Unrecht, das ihm mit Recht abgewonnen ward, er muß es mit Busse lassen, auf solche Fälle gezogen, wo der unterwindende Mann recht daran gehabt, da doch ermeldter Articulus von einem ganz andern casu redet, nemlich, si is alienam rem occupavit, welche freylich der occupans mit Busse zurück geben muß,

SCHILTER. l. all. §. 14.

im Gegentheil aber ein ganz anderer Text in erwehntem Land-Recht

lib. I. artic. 51. n. 2.

wie auch Lehen = Recht *lex LXIX. n. 15. 16.* erscheint, welcher den eigenmächtigen Unterwinder derjenigen Stücke, ob er schon recht daran hat, nicht nur allein zur restitution verdammet, sondern auch demselben sein etwa daran habendes Recht gänzlich benimmt und abspricht, also daß sich zu verwundern, wie gedachte neue Sächsische Lehrer davon abweichen,

chen, oder auch ihrer Vorfahren und viel älteren Sächsischen Schöppen- und Rechts-Lehrer decisa, in specie der Leipziger und Wittenberger Urtheile hindan setzen können,

SCHILTER. *l. c.* §. 16.

GOEDDEN *consilio* LXVIII.

mithin noch sehr zweifelhaft, ob dann die heutige Sächsische Lehrer, da sie die Sache besser einsehen, bey solcher neuerlicher Lehre Carpzouii, Coleri, Berlichii zu verbleiben verbunden, bevorab da nicht unbekandt, wie der Gratianus die decreta der alten conciliorum verfälschet,

SCHILTER. *l. c.* §. 13.

ingleichen der Reichs-Hof-Rath von Berger

in Elect. discept. forensium p. 152. seq.

den vsum solches Straff-Gesetzes mit tüchtigen argumentis vertheidiget, auch die Ieneneses nach dem Zeugniß BRUNNEMANNI

ad l. 13. quod metus causa § leg. 7. C. unde vi

also gesprochen, auch denselben

MEVIVS *part. I. decis. 95.*

STRYKIVS *in usu ff. moderno §. IX. ad tit. quod metus causa.*

BEYERVS *ad eundem tit. ff.*

betreten, und noch viel andere Doctores ausser Sachsen die Billigkeit und vsum benandter Gesetze, absonderlich

LAVTERBACH *in Colleg. l. c.*

wie auch die von ihm in guter Anzahl angeführte Auctores als

HARPPRECHT *ad §. i. l. de vi bon. rapt. n. 4.*

FRANZKIVS *ad eund. t. n. 9.*

BARDILI *ad l. 7. C. unde vi in pecul. differt.*

bewähren; worzu noch kommt, daß, wann auch schon in Meissen und den übrigen Sächsischen Chur-Ländern die gegenseitige Meinung approbiret werden sollte, jedoch in der Nieder-Lausitz, allwo des Herrn Quærentens Ritter-Guth gelegen, ein anderes zu hoffen seyn dürfte, zumahlen da obbelobter von Berger von dem Landgericht in der Nieder-Lausitz præiudicia in contrarium anführet, und sich auf der Wittenbergischen Iuristen-Facultæt beyfällige Urtheil beruffet,

Elect. disc. forens. p. 183.

vt § de usu action. forens. p. 95.

mithin zu schliessen, daß die ohnedem ungegründete sententia Carpzouiana und Berlichiana allda keinen Ingress finden werde, daferne anders in der Klage specific auf den Verlust der K. Action geklaget werden sollte, welches nothwendig geschehen muß,

BEYER *ad ff. quod metus causa*

und obschon die Gebrüder von K. ihre hypothec und constitutum possessorium vorschützen dürfften, so ist auch diese ihre exception nicht sonderlich zu fürchten, in fernerer Betrachtung, daß dergleichen pactum executium und constitutum possessorium in gewisser masse unzulässig, und also niemand, wer der auch seyn möchte, ein ius ingrediendi propria auctoritate & cum vi in possessionem rei sibi deuinctæ inuito debitorre geben kan, etiamsi possessor causam habeat ab ipso constituyente,

MEVIVS *part. V. decis. 351. n. 6.*

PETRVS

PETRVS MÜLLER *de constit. possess. cap. V. §. VII.*
 & VIII.

und demnach unzweifelhaft, daß auch der constitu-
 tarius, weil er iudex in propria causa seyn will, sein
 Recht verlihren müsse,

P. MÜLLER *l. cit. §. 8.*

MEVIVS *P. IV. decis. 217.*

um so viel mehr, als gewiß es ist, daß in gegenwärti-
 gem Fall possessio nicht vacua gewesen,

A. FABER *in Cod. lib. VII. tit. 7. defin. 18.*

sondern vielmehr die von K. Herrn Quærentens
 Fräulein Schwester aus dem Hause unverantwort-
 lich ausgeworffen, die Schaffe weggetrieben, das
 Vieh crepiren lassen, auch anders mehr verübet,
 welches nicht zu rechtfertigen ist, wie sub lit. F. uns
 communicirte attestatum deutlich besaget, einfolglich
 mit gutem Grund zu inferiren, daß die K. Gebrüdere
 durch dieses ihr Verbrechen, da ohnedem lis pendens
 gewesen, auch, Inhalts der speciei facti, der Herr Quæ-
 rente von Seiner Königl. Majestät in Pohlen recht-
 lich in der possession seines Gutes, wegen vieler wich-
 tigen exceptionen, beschützet, und gar deshalb ein pro-
 tectorium ertheilet worden, ihre ganze Schuld-Post
 nebst Interesse und Unkosten verlohren; und obgleich in
 Ansehung der schon erhobenen 5000. Thlr. und 100.
 Ducaten Schlüssel-Geld einiger Zweifel daher entstehen
 möchte, weil dasjenige, was sie bereits empfangen, kei-
 ne Schuld mehr gewesen, und sie also davon nichts wei-
 ter verlihren könnten, so ist es doch an dem, daß das Gut
 quæstionis G. D. ratione des Eigenthums denen von K.

nicht mehr zugehöret, auch die Stube samt dem freyen Abtrit ihnen nur bis auf 1702. vergönnet gewesen, mit- hin nothwendig gefolget, daß sie rem alienam gewalt- samer Weise occupiret, auf welchen Fall die Entseker den Werth desselben dem Entsetzten zu geben schuldig seyn,

Recess. imper. de a. 1521. l. cit. supra

welcher Werth aber nicht nur die rückständige Kauff- Gelder in sich faßet, sondern auch das übrige, was schon erweißlich bezahlet worden, obschon ohne Zinsen, in- dem die poen erst von der Zeit des delicti und darauf erfolgten iudicati anfänget; wormit sich der Herr Obrist- Lieutenant billig zu vergnügen hat, und Dahero auch keine weitere und mehrere als diese in den Römischen und Teutschen Gesetzen verordnete Straffe zu vrgiren berech- tigt ist.

(4) Nec leges
imperii gene-
rales resistunt,

quin eam con-
firmant.

§. VIII. Multo minus ergo (IV) *leges impe-
rii* ab usu huius poenæ abhorrent, quam obseruatio-
nem iam tetigere Icti illustres in responso memorato,
& plenius instruit BARDILI *ad l. 7. C. unde vi §. 6.* Tres o-
mnino sunt textus cardinales in *Constitutionibus imperii*,
qui usum huius poenæ euincunt, inculcant, iubent. Pri-
mus est in *ord. Camerali de anno 1521. tit. wie es in Irrun-
gen der possession*, quod edictum D. Marci prorsus secutus
est: So soll der Entseker dadurch directum dominium
das Eigenthum oder Hauptgerechtigkeit der Güther oder
Gerechtigkeit, um die der Streit gewesen, verlohren ha-
ben. So aber dieselbe Güther oder Gerechtigkeit gedach-
tem Entseker mit ihren Eigenthum nicht zugehören,
soll er deren Werth dem Entsetzten nach Ordnung
gemei-

gemeiner Rechte zu geben schuldig seyn. Pariter in *ordin. de pace publ. Wormatiensi de anno 1521. circa fin. pœna iuris communis generatim approbatur. Rubrica est: Dieser Land-Fried soll denen andern Rechten nichts abbrechen. Textus vero: und sollen diese Gebothe, den Land-Frieden und desselben pœn betreffend, gemeinen unsern und des Reichs Rechten auch andern Ordnungen und Gebothten derhalben vormahls ausgegangen, so viel des durch die vorige nicht aufgehoben, nichts abbrechen, sondern das mehreren, &c. Quia vero in præcedentibus articulis d. constit. pœna iuris communis, quæ pœna priuationis inuasores coërcet, haud sublata est, per indirectum his verbis confirmata & corroborata est. Postea anno 1532. in recessu Imp. Ratisbonensi tit. Kammergericht betreffend. §. item als sich oft 15. repetita est sanctio Cameralis antea relata his verbis: Nachdem aber in unserer Kammergerichts-Ordnung, zu Wormbs aufgericht, unter der Rubricken: Wie es in Irrung der possession und derselben Entsetzung halben gehalten werden soll &c. hierum gnugsam Versehung geschehen, soll es bey solcher Wormbsfischer Ordnung bleiben, und dieselbige gehalten werden, ergo quoque pœna priuationis inuasoribus dictanda est, quippe quæ expresse in *ordin. Camerali cit. l. est repetita. His addo etiam art. 105. Constit. crim. Carol. vnde generalis regula fuit, in omnibus delictis, in dicta sanctione haud tactis, iudicandum esse nach denen Ränserl. Rechten.**

(§) Nec ius
feudale reclama-
mat.

§. IX. Simul vero (V) ex adductis textibus in aprico est, nec vsum huius pœnæ deficere in iure feudali; nam dominus directus, sine iudice per vim vasallum expellens, *dominio suo directo* priuandus est, vt *cit. ordin. Camer. de anno 1521.* indicat, vid. MEYER *in synt. iur. feud. c. 29. p. 825. in f.* Pariter vasallus vim *sine iudice* inferens priuatione feudi puniendus, siue deiecerit *tertium* siue ipsum *dominum*, vt censet cum aliis BARDILI *cit. l. §. 33.* Hoc casu dominus feudum, a quo per vasallum deiectus est, retinet; illo vero tertio acquiritur, *salua qualitate feudali*, si est *mere hereditarium*: si *non-hereditarium*, itidem tertio interim sub eadem qualitate acquiritur, quamdiu viuit inuasor cum liberis suis, quippe quibus facto patris præiudicatur, cuius beneficio feudum demum acquirunt; his deficientibus, ad inuasoris agnatos vel simultanee inuestitos feudum redit. Huc vergere videtur FRIDERICI I. *constitutio de pace publica tenenda* iuri Longobardico feudali inserta, vt liqueat, quatenus pœnæ ibidem adductæ ad vasallos applicari queant. Generatim vero traditur, inuasores eiusmodi *damnum passo secundum leges resarcire* debere, adeoque non tantum deiecto rem *plenissime* h. e. cum restitutione omnis damni, reddere tenentur, sed etiam priuatione iuris sui puniuntur. Ceterum *cit. ordin. Camer.* optimum quoque argumentum pro *felonia domini* præbet, quam hoc modo committit, si per vim vasallum expellit, in quam sententiam quoque abiit illustris Facultas iuridica in casu antea adducto. Verba eius sunt sequentia:

Wird gefragt, ob der N. N. als dominus directus dadurch, daß er den Quærenten als seinen subuasallum mit Gewalt expelliret, seines dominii directi verlustig worden?

Ob nun zwar jemand gedencken möchte, daß, Rationes adhibendi. weil der Herr N. N. in dem uns saint andern Beylagen communicirten allergnädigsten Rescripto, im Fall derselbe keine parition leisten würde, mit der Straffe doppelter Geltung bedrohet worden, vielmehr auf die execution solcher angedroheten Straffe die Klage zu richten, im Gegentheile aber vor ungewöhnlich zu halten, wann er noch darzu sein dominium directum verlieren sollte, bevorab da unterschiedliche Doctores der Meinung sind, daß die feloniam domini ein ens rationis sey, folglich die ganze action wider den Herrn N. N. verschwinden dürfte.

Jedennoch aber und dieweil jezund die Frage Rationes decidendi. nicht ist, wie Se. Königl. Majestät den Herrn N. N. ansehen könne und wolle, sondern ob die societas feudalitas zwischen dem Quærenten und seinem Domino directo bestehen möge; gestalt wir ad fidem referentis die angeschuldigten facta als wahr und erweislich annehmen; hingegen aus der Vernunft zu erhärten, daß keine societas ohne Treue und Redlichkeit bestehen könne, und noch vielweniger eine societas feudalitas, welche zu dem Ende aufgerichtet wird, daß die Treue auf beyden Seiten sich äußern solle, indem es etwas paradox klingen würde, wenn der Vasall treu seyn müste, und
I der

der Herr untreu seyn dürffte, mithin derselbe den Vassallum zu verfolgen, um das Seinige, ja um Leib, Leben, Ehre und Gut zu bringen, berechtiget wäre; hiernächst wohl zu bedencken ist, daß die reciproque Treue dem Domino directo nicht schimpflich seyn könne, sondern so wohl von dem Herrn als Vassallen als etwas gerechtes und billiges billig erfordert werde, daferne anders nicht eine solche Ungleichheit erwachsen soll, welche die ganze Lehens-Societät vernichten würde; und da immittelst der Mangel solcher Treue eine Felonie oder Untreue genennet wird, diese aber ein Delictum ist, auf welches sowohl nach denen Longobardischen als Teutschen Lehens-Rechten der Verlust des dominii directi erfolgen muß,

2. Feud. 26. §. Domino

2. Feud. 47.

Ius Feud. Sax. cap. 77.

Ius prouinc. Sax. lib. III. art. 84.

und im übrigen mehr als bekannt, daß auch die Longobardischen Gesetze den Herrn zu gleicher Treue verbinden,

2. Feud. 6.

2. Feud. 33. §. I.

auch zum Überfluß das Teutsche Sprichwort: Getreuer Herr, Getreuer Knecht, den Dominum directum seiner Pflicht erinnert, über dieses mehr als zu gewiß, daß auch der Vassall an einen höhern Richter den Lehens-Herrn anklagen könne, oder wenn dieser keinen höhern Richter hätte, auf das iudicium patrium curiae zu prouociren befugt, und wenn dieser sich nicht

nicht stellen, oder ihnen satisfaction geben wolte, denselben zu befehlen befugt sey, wie Carolus V. den Franciscum I. befehlet, und daß er sein Vasall wegen Flandern nicht mehr seyn wolte oder könnte, deutlich declariret, auch andere Prinzen mehr gethan haben, und ob zwar der Herr Quærente sich in einem solchen Stande nicht befindet, daß er dergleichen Mittel zu ergreifen berechtiget, so mangelt es allhier doch nicht an einem Iudice superiori, welcher nicht entstehen wird, diese Felonie Sache nach dem Lehens-Gesetze zu decidiren, woraus zum wenigsten der Herr Quærente so viel erhalten dürffte, daß das subvasallagium aufgehoben, und er also nur einen Lehen-Herrn, nemlich Seine Hochfürstl. Durchlauchtigkeit in Sachsen-Merseburg haben würde, und gleichwie communis doctorum sententia demselben beytrit,

HARTVNG *de felonia domini*

SCHWEDER *de felonia domini*

KNIPSCHILD *de obligatione domini erga vasallum.*

HERTIVS *in paroem. iuris paroem. 24. §. 3.*

und unzählich andere ein gleiches bejahen:

Also zweifeln wir nicht, daß, wann die facta richtig sind, welche dem Herrn N. N. bemessen werden, eine obsiegende Sentenz zu hoffen sey. B. R. W.

§. X. Quæ cum ita sint, quis crederet (VI) ⁽⁶⁾ Imo & leges provinciales ab hac doctrina, quieti publicæ ^{ges provinciales hanc præ-} tam egregie inferuiente, recessisse? quæ potius, ^{nam non tollunt.} quatenus disertis verbis ab hac non deflectunt, eandem,

dem, vt *iuris communis* sententiam, præsupponunt. Neque enim hæ admittunt aut admittere possunt, vt quis sibi, sine iudice, ius dicat, prout optime prouisum in der Königl. Preußl. Cammergerichts-Ordn. de anno 1709. tit. 54. §. 3. & 4. his verbis: Es seynd aber die Executiones bey dem ordentlichen Richter zu suchen, und mag keiner für sich, unter was prætext solches auch sey, wider seinen Gegentheil verfahren, noch das ihm etwa zustehende, propria autoritate, occupiren. Welches auch statt haben soll, obgleich der Gegener per pactum beliebet, daß die streitige Sache eigenmächtig, und sonder Antretung des Richters, in Besitz genommen werden möchte, damit aller besorgende Tumult und Unruhe vermieden werde. Hac de causa quoque pacti de *ingrediendo* vis extraiudicialis omnis detracta est in der Königl. Preußl. Hypothequen- und Concurs-Ordnung de anno 1723. §. 35. his verbis: Daß der Gläubiger, im Fall unterbleibender Zahlung, die verschriebene Pfand-Stücke eigenmächtig, mit eigener Gewalt, unverfolgten Rechtens, einnehmen, und sich in deren Besitz setzen möge, hat so wenig, wenn es in den Pfand-Verschreibungen gesetzet, nach dem gemeinen Recht den Effect, daß es der Gläubiger thun kan; als wenig solches in diesen unseren Landen zugelassen seyn soll; Und ist dannenhero solches Geding auch unter dem Namen des Pacti de *ingrediendo*, als unnützlich, denen Pfand-Verschreibungen und Constituirung der Hypothequen nicht beyzufügen, noch, da solches sich irgendwo fünde, zu attendiren. Wolten aber die
Con-

Contrahenten sich dessen vergleichen, daß bey nicht erfolgender Zahlung der Creditor sofort vom Gericht in die possession gesetzt werden solte, hat solches statt, mit dem Effect, daß auf bloße Vorzeigung der Obligation, wenn nicht ein Instrumentum publicum, so keiner recognition bedarff, vorhanden, nach vorheriger recognition, der Gläubiger in das ihm dergestalt verschriebene Gut von der Obrigkeit eingesezet, und der Schuldner mit seinen etwa habenden dilatorischen und peremptorischen Exceptionen zur besondern Ausföhrung verwiesen und allein Exceptio solutionis vel Compensationis, wenn sie sofort erweislich, attendiret werden soll.

§. XI. Quodsi itaque per leges regni Borus-
fiæ omnis vis & via, de facto sine iudice proceden-
di, reprobata est, pœna quoque iuris communis per
indirectum approbata, dum nihil in contrarium
cautum fuerit. Sic in casu, quo creditor solutio-
nis causa crumenam nummis repletam per vim de-
bitori eripuisse, arguebatur, & eidem super hoc
violentiaæ facto iuramentum delatum erat, iudex
primæ instantiaæ d. 12 Aug. 1722. iuramentum hoc
præstandum esse, censuit per sententiam huius teno-
ris: E. E. Rath erkennet, daß der Kläger das von
Beklagten deferirte Iurament, so wie solches deferi-
ret worden, binnen gehöriger Frist zu accepti-
ren oder zu referiren schuldig sey, wann solches ge-
schehen, soll ferner erkannt werden. Appellatione
interposita, sententia hæc quidem d. 2. Nou. 1722. re-
formata, per sententiam sequentem: qua mater.
aber sententia a qua vom 12. Aug. c. dahin zu refor-

Quod nouo
responso il-
lustratur.

miren, daß es des erkannten Eydes nicht bedörffe, sondern dem Beklagten obliege, dem Kläger wegen des Vorschusses und Frachts, weshalb Sie sich vorher zu berechnen haben, zu befriedigen. Sed denuo ad potentissimum regem Borussiae appellatione interposita, prior d. 23. Jul. 1723. confirmata est, transmissis actis ad Scabinos Mindenses. Sententia hæc cum *rationibus decidendi* de nouo vsum huius poenæ illustrat, vnde eandem subiiciendam esse censui. Auf interponirte Appellation, dawider eingewandte Exception und andere Gesäße in Sachen Christopher Gangers, Beklagten jeko Appellants an einem, entgegen und wider Matthias Ludewig, Klägern jeko Appellaten am andern Theil; erkennen Wir Friederich Wilhelm, von Gottes Gnaden, König in Preussen ꝛc.

auf geflogenen Rath Unserer Rechtsgelehrten allen in Actis befindlichen Umständen nach, für Recht: Daß die Appellatio ihrer formalien halber beständig, auch quoad Materialia nunmehr aus den Actis so viel zu befinden sey, daß die Sentenz erster Instanz wieder herzustellen und zu confirmiren sey, compensatis expensis. B. R. W.

Rationes decidendi fuere sequentes:

Gleichwie (1) Christopher Ganger, von dem fol. 8. act. Appellat. befindlich und am 2ten Nouembr. a. p. publicirten Bescheide, laut dessen fol. 9. befindlichen Schrift am 12ten eiusd. appelliret, solche appellatio auch (2) angenommen, und (3) der Appellate test. fol. 13. den Appellations-Eyd abgestattet, also sind die formalia für beständig erkannt worden.

Mate-

Materialia demnächst anreichend, so vermeinet zwar Appellate des Appellantens grauamina unerheblich zu seyn, weil Er, (4) die LL. iuris Romani, auf welche Er seine anfängliche exception fundiret, und auf welche (5) der magistratus zu Rathenau in seiner Sentenz reflectiret haben mag, in Teutschland und in specie in der Churmarck Brandenburg recipiret zu seyn, nicht erwiesen, es ist auch (6) andern, daß nicht alleine viele sonst Rechtsbewehrte Icti, in specie

GIPHAN. *ad l. 7. C. unde vi.*

SCHARSCHMID. *ad Nou. 60. c. 1.*

CARPZ. *P. 4. const. 35. def. 11.*

BERLICH. *P. 1. concl. 21. n. 6.*

COLER. *Dec. 125. § ab his allegati plures*

solcher Meinung sind, sondern es schreibet auch (7)

COVARRUVIAS *l. 3. var. Resol. 16. n. 7.*

IO. DEL. CASTILLO *Tr. de usufruct. C. 6. num. 22.*

Quod rigor illarum LL. totius orbis Christiani vfu atque praxi antiquatus sit

ein gleiches statuiret (8) quoad Galliam

p. Rebuffus in comment. ad Constit. Reg. q. 5. in præfat. n. 76.

nec non quoad Hispanos

Fr. de Sarmient l. 2. select. Interpret. C. 13. n. 7.

& quoad Belgas,

CHRISTIN. *v. 2. Decis. 148. n. 6. iunct. v. 3. Decis. 15. num. 10.*

VINN. *ad §. vlt. l. de vi bon. rapt.*

PERETZ *ad C. tit. unde vi*

BARDILI *Dissert. ad L. 7. c. unde vi §. 2. & 3.*

Dem

Dem dann (9) quoad factum hoc casu hinbey kommt, daß der Appellate durchgehends und beständig abnegiret, dem Appellanten einige Gewalt gethan, und den Geld-Beutel mit violence ihm extorquiret und weggenommen zu haben, sondern daß derselbe solchen gutwillig fahren lassen, da doch *ad actionem*

ex allegat. LL. 12. § 13. ff. quod met. caus. § L. 7. c. unde vi.

requiriret wird, vt res vi ablata sit, vis autem dicitur maioris mali impetus, cui resisti non potest.

L. 3. ff. quod met. causa.

Welche aber (10) h. c. nicht vorhanden zu seyn, mithin (11) aus andern Umständen so viel erscheinet, daß Appellatus keine irraisonable Ursache gehabt habe, sich des Geld-Beutels und folglich seiner Bezahlung halber zu versichern, weil, wie Er (12) passim in actis und beständig sustiniret, Appellante nicht allein Ihm auf das zu Hamburg aus dem verkaufften Holz lösende Geld vertröstet, sondern auch dasselbe theils zum Pferde-Kauf angewandt, theils ihn mit inexigiblen assignationen frustriren wollen, mithin also obæriret sey, daß Er ihm gar de fuga suspect worden, wie dann auch seine eigene Frau nicht einmahl für ihn cauiren wollen, aus welchen und andern mehr, in actis angeführten, Umständen dann (13) es das Ansehen gewinnet, daß es keiner Enpes-delation super violentia bedürffe, und folglich die Grauamina für unerheblich zu achten, cum a pœna l. 7. C. unde vi, iusta causa excuset

BARDILI d. Dissert. §. fin.

Dergleichen dann unter andern auch diese zu seyn erachtet

erachtet wird, si quis (wie h. c. Appellate auch vorgiebt,) copiam iudicis habere non potuit,

arg. t. t. C. quando lic. unicuique sine iud.

GRAKE *de autor. privat. in proœmio n. 3.*

MENOCH. *remed. 9. Recup. n. 191. apud BARDILI d. l.*

Dem dann ferner nicht allein (14) Ihm betritt, daß Appellatus die Rechte nicht verstanden zu haben vorwendet, und die ignorantia iuris auch eine excuse bey Personen, welche die iura nicht verstehen, abgiebet, sonderlich wann sie keine peritos consuliren können;

MYNSING. 6. obs. 47. pr. § n. 4.

sondern auch (15) noch dieses dem Appellanten zu obstiniren scheint, daß Appellatus Forberung quoad rem ipsam liquid, und hergegen sein des Appellatus exceptio priuationis ex

L. 13. quod metus causa §

L. 7. C. unde vi.

illiquid ist, folglich diese mit jener nicht wohl compensiret werden kan,

L. fin. C. de compensat.

MEV. p. 5. Dec. 227. n. 8.

und also dem Ansehen nach Appellante damit ab und ad separatum iudicium prævia solutione crediti verwiesen werden müste. Alldieweil aber dennoch nicht allein (1) in genere Rechtens ist, quod si quis in Imperio Romano-Germanico lege nititur Iustiniana, licet eiusdem obseruantiam non probet, tamen causam tamdiu fundatam habeat, donec aduersarius ius posterius monstret contrarium,

per tit. ordinat. Cam. § lud. Imp. Aulici nec non

K

Rec.

*Rec. I. nouiss. §. 77. §. 99. §. allegat. Locamer.
CARPZ. TABOR. MEV. & REINK. LAVTERBACH.
Ex. 1. conclus. for. 1.*

sondern auch (2) in specie viele andere und Rechtsbe-
währte l^{cti} als

HARPPRECHT. MEV. BRUNNEM. REBHAN. und mehr
apud BARDILI *d. differt. §. 4. §. 5.*

bezeugen, daß der L. 7. C. vnde vi. in Teutschland noch
in vfu, und außer Sachsen, wovon doch auch andere
von dem Carpzou. Berlich. &c. dissentiren, nicht ab-
rogiret sey, wie dann

BARDILI *d. differt. §. 6. §. 7.*

darthut, daß keine constitutio imperii d. l. contraria,
sondern vielmehr darin confirmiret, auch in Camera
darnach gesprochen zu seyn sich finde, übrigens (3) ad
actionem ex d. l. nicht eben dolus & violentia magna
requiriret wird, sondern gnug ist, si quis sine volun-
tate Domini vel possessoris rem occupat, arg. l. 5. ff.
de acq. & amitt. possess. & eorum, quæ tradunt

FABER L. 7. Cod. t. 7. Def. 18. n. 4.

MEV. P. 4. Dec. 220. in fin.

MENOCH. Remed. Rec. 9. n. 264.

et §. BARDIL. *d. differt. §. 16.*

welches dann (4) auch einem Creditori nicht eins zu-
gelassen, sondern derselbe sich der poena amissionis cre-
diti schuldig machet, wenn gleich per pactum zwischen
Ihm und dem Schuldner ein anders stipuliret, oder
auch die clausula constituti demselben adiiciret wor-
den

post MEV. BRUNNEM. CARPZ. aliosque

BARDILI

BARDILI *d. dissert. §. 35.*

Und dann (5) der Appellant sich nicht allein darin fundiret, daß Appellate ihm den Geld-Beutel eigenrichterlich wider seinen Willen und also mit Gewalt aus den Händen gerissen, und sich bezahlet machen wollen, und zwar ohne eins vorher sich mit ihm zu berechnen, und ein debitum liquidum zu constituiren, da Er doch dieses vor allen Dingen zu thun, und wenn Er sich der Zahlung gewegert, deshalb in foro ordinario, oder wenn Er ihn gar de fuga suspect zu seyn vermeinet, wenigstens zu Hamburg, allwo Er so wohl copiam peritorum als Iudicium gehabt, gerichtlich zu klagen schuldig gewesen, bevorab da (6) Appellant ein Mitbürger von Appellato, auch wie Er beständig vorgiebet, und nicht anders zu præsumiren stehet, weil Appellatus Ihm creditiret, und seinen fidem gefolget, possessio-piret ist, welchen falls auch arresta vermöge der Rechte und in actis allegirten constitutionen und Ordnungen dergestalt verbothen, daß auch die actio iniuriarum solchenfalls statt hat

HARPPRECHT *ad §. 1. I. de iniur. n. 8. ibique citat.*

folglich (7) bey solchen und andern in actis angeführten Umständen nicht wohl zu sustiniren ist, daß Appellante dem Appellaten über irrelevante Puncten, welche ad probandum nicht zulässig, indebite den Haupt-End deferiret, oder dessen relation ihm zu iniungiren gebethen, weil Rechtens ist, quod non solum actor reo tale iuramentum in omnibus causis, non exceptis personalibus & realibus, possessoriis & petitoriis itemque pœnalibus deferre per tit. & Dd.

LAVTERBACH in Collegio t. de iure iur. §. 65.

sed etiam reus in criminalibus suas exceptiones conscientiae accusatoris committere possit,

BERLICH Decis. 297.

CARPZ. lib. 3. Resp. 45.

Als haben wir bey solchen Umständen, und da auch (8) der error seu ignorantia iuris ihn ab actione ex

L. 7. C. unde vi § simil. iuris tic.

nicht liberiren kan, woril auch solche in hoc casu keine milites, rusticos & mulieres excusiret,

BARDILI d. dissert. §. 22. 23. & 24. ibique cit.

übrigens auch (9) befandt ist, quod paria sint, liquidum esse & in continenti, h. e. per iuramenti delationem, liquidum reddi posse,

MEV. P. 5. Dec. 134. n. 3.

quodque iudici omnino incumbat litium abbreviatio,

MEV. P. 2. Dec. 164. n. 4. & seqq.

Einhalts der Urthel erkennen müssen, die Unkosten aber, weil Appellate die letztere Urtheil vor sich hat, compensiret. Signatum Minden, den 23ten Jul. 1723.

Königl. Preußl. zum Schöppens-
stuhl des Fürstenthums Min-
den verordnete Director und
Assessores.

§. XII. Denique etiam hoc adiungendum esse exi-
 timo, poenam quoque hanc difertis verbis fuisse approba-
 tam in *iure provinc. Boruss. lib. III. art. 3. §. 1.* En verba: *Pœna hæc ap-
 probata iure
 Borussico pro-
 vinciali.*
 Wir wollen auch allhier aus den Kays. Rechten die Straff
 introducirt haben, daß, wo einer hohes oder niedriges Stan-
 des dem andern spoliret und entsetzet, und des mit Recht über-
 wunden wäre, in Sachen, die den Fried-Bruch mit belangen:
 So soll der spoliator und Entsetzer dadurch directum domini-
 um, das Eigenthum oder die Haupt-Gerechtigkeit der Güter,
 oder Gerechtigkeit, darum der Streit gewesen, verlohren haben.
 Wo aber dieselbigen Güter oder Gerechtigkeit gedachtem spolia-
 tori oder Entsetzer mit ihrem Eigenthum nicht zugehören, so soll
 er derselben Werth oder æstimation dem spoliato oder Entsetz-
 ten, nach Ordnung vorgedachter gemeiner Rechte, zu geben schul-
 dig seyn, wornach man sich hinführo zu richten. Præterea iam
 olim in Electorali Saxonia inter emendanda circa processum
 hoc caput quoque relatum fuit de pœna a Diuo Marco con-
 stituta contra eos, qui sibi ius dixerunt sine iudice, fedulo
 in vsum deducenda, quod indicat *Titulus V. ordinat. re- Ordin. Saxo-
 cogn. apud illustr. BERGERVM in elect. Discept. forens. p. 126. his nic. recognit.*
 verbis: Hierüber soll auch einem Kläger, nach Gelegenheit derer
 Fälle, sich derer actionum pœnalia in duplum & quadru-
 plum und dergleichen, so weit dieselben der Verfassung Unserer
 Lande nicht zuwider, wie nicht weniger des remedii ex Decreto
 D. Marci in l. 13. π. quod met. caus. & l. 7. C. unde vi, zumahl
 selbiges in denen Reichs-Abschieden de ann. 1521. rubr. wie es in
 Errung der possession &c. §. und ob sich. item de anno 1532.
 rubr. Cammer-Gerichte §. 15. ausdrücklich bestättiget, gebüh-
 rend zu gebrauchen nachgelassen seyn. Haud tamen observa-
 ui, hoc ipsum caput emendatæ ordinationi processus Sax-
 onici insertum fuisse, quamvis hoc ipsum argumentum pro
 non vfu huius pœnæ haud præbeat. Pariter in *iure provinc. Ba- Iure Bavarico*
uar. Tit. XX. art. II. hac de re ita cautum est: *Sihet jemand seiner
 varenden Haab, wie die genannt ist, in Ruß und Gewehr, dazu
 ein*

& Dithmarfi-
enfi.

ein anderer zu sprechen hat, der soll sein Ansprach derhalben suchen, wie recht ist. Entwert er ihn aber derselben varenden Haab, ohn Recht, mag der Kläger alsdann solches wahr machen, wie recht ist, deß soll er genießen, und ihm das der Antwörter mit der zwungült wiedergelten, und dem Gericht die Bueß verfallen seyn. Denique in iure Dithmarsensi Prouinc. art. 90. idem repetitum deprehendi. Verba eius hæc sunt: Niemand schall ahne vörgahnde rechte Erkentniß den andern mit der daht syner hebenden Gewehr, und Besittes entsetzen by Bröke des dubbelden Tredens. Und so de Entsetzer an dem Gude, darvon he den andern mit Gewalt entsetzt, egendohmlyke Gerechticheit hatte, da hefft he dardörch, dat he den andern entsetzt hefft, verlahren, de fällt up denjennen, de entsetzt ys. Wennehr of sodahne Entsetzinge vor Recht gebracht, und geßlaget worde, und de Entsetzer wolde vorwenden, dat he an dem Gute egendohmlyke Gerechticheit hadde, so schall he doch darmede nicht gehöret werden sündern de Kläger schall erst und thovörn in synen Besitt wedderüm werden ingesetzt, darnach mach de Beflagte up synen Egendohm spreken.

Conclusio.

§. XIII. Hæc omnia argumenta si in vnum confero, fortissime inde concludo, hanc poenam sibi ius sine iudice dicentium in decidendo omnino sequendam, nec eos, qui sine idonea ratione contrarium asserunt, audiendos. Qui ad contrariam obseruantiam, æquitatem cerebrinam, & similia subterfugia prouocant, parum præsidii in iis deprehendunt, prout sextuplici robore & pondere antea demonstraui, vt facile liqueat, me non sine stringente causa castra dissentientium reliquisse, victoriamque facile contra hos obtenturum esse.

F I N I S.



Böhmer, Justus Henning,

Dissertatio Iuridica De Poena Ivs Sibi Dicentis Sine Ivdice

Halae Magdeburgicae 1733

4 Diss. 3478,9

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10966043-9

VD18 14859475-001